

Eidgenössisches Justiz-
und Polizeidepartement
3003 Bern

Basel, 13. Januar 2004

Stellungnahme der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften zur Revision des Zivilgesetzbuches

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, zur Revision des Zivilgesetzbuches Stellung nehmen zu können. Im Folgenden beschränken wir uns vorab auf die Revisionsinhalte, die den ärztlichen Alltag betreffen. Unsere Stellungnahme stützt sich auf Expertenmeinung von Dr. Georg Bosshard, Zürich, Prof. Volker Dittmann, Basel, Daniel Hell, Zürich, Christian Kind, St. Gallen, Audrey Leuba, Neuenburg, Rudolf Ritz, Basel und Andreas Stuck, Bern, welchen wir an dieser Stelle dafür danken.

Allgemeine Bemerkungen

Aus rechtlicher und ethischer Sicht sind die wesentlichen Ziele der neuen gesetzlichen Regelung zu begrüßen. Mit der Revision sollen nunmehr auf nationaler Ebene Bereiche des Erwachsenenschutzes, des Personenrechts und des Kindesrechts geregelt werden, für die es bisher nur unzureichende oder im internationalen Vergleich nicht mehr angemessene Vorschriften gab. Die Förderung des Selbstbestimmungsrechts, die Stärkung der Familiensolidarität und das individuell angemessene Massnahmepaket sind ebenso zu begrüßen wie die Beseitigung stigmatisierender Ausdrücke, die Verbesserung des Rechtsschutzes und insbesondere der bessere Schutz urteilsunfähiger Personen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen und psychiatrischen Institutionen. Gerade mit diesem Themenbereich hat sich die SAMW in der letzten Zeit intensiv befasst und Richtlinien und Empfehlungen¹ ausgearbeitet.

¹ Die Richtlinien und Empfehlungen zur Behandlung und Betreuung älterer pflegebedürftiger Menschen der SAMW werden voraussichtlich im Mai 2004 definitiv verabschiedet. Vgl. auch die sich noch in Erarbeitung befindlichen medizinisch-ethischen Richtlinien «Zwangsmassnahmen in der Medizin» der SAMW.

Trotz erkennbarer begrüßenswerter Intentionen des Gesetzgebers sind einige kritische Anmerkungen im Hinblick auf die praktische Umsetzbarkeit notwendig. Es sollte nicht übersehen werden, dass die neue Regelung mit einem erheblichen Mehraufwand für die Kantone verbunden ist. Bereits jetzt ist es die Regel, dass an sich zwingende gesetzliche Vorschriften (Art. 369 ZGB) vielfach nicht umgesetzt werden. So ist zum Beispiel die Bevormundung älterer Menschen, die an demenzieller Erkrankung leiden und sich in einem Pflegeheim befinden, eher die Ausnahme. Dies hängt auch mit der sehr heterogenen Organisation des Vormundschaftswesens in der Schweiz zusammen. Das neue Gesetz wird von den Erwachsenenschutzbehörden gegenüber heute erheblich vermehrten Aufwand fordern. Es ist deshalb zu befürchten, dass insbesondere aus finanziellen Erwägungen die Umsetzung nur sehr zögerlich an die Hand genommen werden könnte.

Die gesetzliche Verankerung von Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen, insbesondere aber die vorgesehene Vertretung der Patienten durch Angehörige und Nahestehende bei Fehlen eines solchen Vorsorgeauftrags oder einer Patientenverfügung werden den ärztlichen Alltag verändern. Mit der Neuregelung wird es nicht mehr möglich sein, dass Ärztinnen und Ärzte auch ausserhalb einer Notfallsituation als «Geschäftsführer ohne Auftrag» handeln. Dass der Arzt zugleich auch für den Patienten entscheidet, entspricht nicht mehr der heutigen Sicht des Arzt-Patientenverhältnisses, in welchem die Autonomie des Patienten eine zentrale Rolle spielt. Es ist deshalb konsequent, wenn ärztliches Handeln auch in jenen Fällen, in denen der Patient sich nicht mehr selbst äussern kann, an die Zustimmung Dritter, vom Patienten bezeichneter Personen oder ihm nahe Stehender, geknüpft ist. Aus ärztlicher Sicht ist aber zu fordern, dass dem Arzt respektive dem Betreuungsteam in diesem Prozess über die Vermittlung der Entscheidungsgrundlagen hinaus eine aktivere Rolle zugestanden wird. Art. 435 sollte deshalb grundlegend überarbeitet werden: Vertreter und Arzt sollen gemeinsam über die Durchführung, den Abbruch oder Verzicht von wesentlichen Massnahmen entscheiden, wobei die (fachliche) Letztverantwortung beim Arzt liegt. (vgl. hierzu auch unsere Bemerkungen zu Art. 435). Überarbeitet werden müssten unseres Erachtens auch Art. 272 und 434, weil die Feststellung, ob und welche Person im konkreten Fall vertretungsberechtigt ist, im klinischen Alltag nicht praktikabel sein wird (vgl. hierzu auch unsere Bemerkungen zu den betreffenden Bestimmungen sowie den Beitrag von U. Steiner, Hp. Kuhn, Revision Zivilgesetzbuch, Behandlung von urteilsunfähigen Patienten; Neugestaltung des fürsorgerischen Freiheitsentzuges in: Schweiz. Ärztezeitung 2003; 84: 48, 2537-42).

Gerade weil die Neuregelung wesentliche Auswirkungen auf die ärztliche Praxis hat, erscheint uns die Verständlichkeit und Übersichtlichkeit der Regelungen auch für «Laien» von Bedeutung. Aufgrund der gewählten Systematik finden sich die für das medizinische Personal relevanten Bestimmungen an verschiedenen Orten, was der Übersichtlichkeit abträglich ist. Aus diesen Erwägungen äussern wir uns nachfolgend zu den Art. 434 und 435 direkt im Anschluss an die Bestimmungen 370-373.

Zu den einzelnen Bestimmungen

Art. 360 (Vorsorgeauftrag im Allgemeinen, Grundsatz)

Aus dem Gesetzesentwurf geht nicht hervor, inwieweit der allgemeine Vorsorgeauftrag auch die «Vertretung in medizinischen Angelegenheiten» beinhalten kann. Falls diese möglich ist, kön-

nen Kompetenzkonflikte mit einem Beauftragten für medizinische Angelegenheiten nicht ausgeschlossen werden. Dies insbesondere, wenn der medizinische Vorsorgeauftrag zeitlich vor dem allgemeinen Vorsorgeauftrag erteilt wurde.

Art. 370-372 (Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen)

Wie einleitend festgehalten, begrüssen wir die Möglichkeit, auf solider rechtlicher Basis einen Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen zu erteilen. Wir sehen aber gewisse Schwierigkeiten bei der praktischen Anwendung dieses Prinzips:

1. So kann es vorkommen, dass der Beauftragte selbst gar nicht oder erst zu einem sehr späten Zeitpunkt von diesem Vorsorgeauftrag Kenntnis erhält. Es ist weiter auch nicht auszuschliessen, dass er nicht bereit ist, diese verantwortungsvolle Aufgabe zu übernehmen. Da weder eine Verpflichtung noch ein Vertragsverhältnis besteht, ist der in Art. 372 verwendete Begriff der «Kündigung» irreführend.

2. Für das Spital ist unter Umständen die Abklärung, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt oder nicht und ob der Beauftragte bereit ist, diese Aufgabe zu übernehmen, mit erheblichem zeitlichem Aufwand verbunden. Die Spitäler werden deshalb kaum in der Lage sein, diese aufwändigen administrativen Abklärungen zu durchzuführen. Wir würden es daher begrüssen, wenn für den Vorsorgeauftrag die Informationspflicht beim Verfasser liegt (analog Art. 373 Abs. 4) und nicht der Arzt resp. das Spital für diese Abklärungen verantwortlich ist .

Gemäss Art. 370 Abs. 1 können nur urteilsfähige volljährige Personen schriftlich einen solchen Auftrag erteilen. Der Begleitbericht zum Vorentwurf, Juni 03, S. 27 spricht davon, dass Handlungsfähigkeit an sich nicht gegeben sein müsse. Unbeachtet dieses Widerspruchs stellt sich rein inhaltlich tatsächlich die Frage, ob nicht ein heranwachsender urteilsfähiger Jugendlicher, der noch nicht das 18. Altersjahr erreicht hat, einen Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen erteilen dürfte. Es sind Fälle, wenn auch wenige, denkbar, die eine Ausweitung auf unter 18-Jährige sinnvoll erscheinen liessen.

Art. 373 (Patientenverfügung)

Patientenverfügungen sind grundsätzlich wünschenswert und Ärzte sollten ihre Patienten aktiv auf diese Möglichkeit ansprechen. Patientenverfügungen sind jedoch nicht zu überschätzen. Bei einer Vielzahl von Krankheiten ist es unmöglich, im Voraus alle Optionen vorherzusehen. Dazu ist im Einzelfall ein gründliches Abwägen der Situation nötig. Erschwerend kommt hinzu, dass in der Praxis sehr unterschiedliche Verfügungen bestehen und diese teilweise nicht korrekt datiert, unlesbar usw. sind. Die SAMW hat deshalb eine Arbeitsgruppe zum Thema «Patientenrechte» eingesetzt, welche Kriterien für solche Patientenverfügungen ausarbeiten soll.

Art. 434 (Vertretung bei medizinischen Massnahmen, vertretungsberechtigte Personen)

Die Regelung berücksichtigt bereits heute bestehende Gepflogenheiten, wonach Angehörige oder dem Patienten nahe Stehende häufig in die Entscheidungsprozesse einbezogen sind. Es darf jedoch nicht vergessen werden, dass gerade viele ältere pflegebedürftige Menschen alleinstehend sind. Die Erfahrung zeigt zudem, dass insbesondere dort wo bereits vorgängig konfliktbehaftete Beziehungen bestanden, nicht jeder Entscheid eines nahen Verwandten im Sinne des Patienten ist. Für Angehörige ist es manchmal schwieriger, eine Sichtweise ohne Eigeninteresse einzunehmen als für einen aussenstehenden Arzt (z.B. Weiterführen von Therapien). Da gemäss Art. 370 mehrere vertretungsberechtigte Personen bestimmt werden können (in Art. 434 in Abs. 1 Ziff. 1 müsste daher ebenfalls der Plural verwendet werden) können diese Vertreter auch unterschiedlicher Meinung sein. Aus Abs. 1 Ziff. 1 wird zudem nicht deutlich, wel-

che Person zuerst berechtigt ist, wenn es sowohl einen Vorsorgebeauftragten als auch einen Beistand gibt.

Aus Ziff. 3 von Abs. 1 könnte für das medizinische Personal ein grösserer Aufklärungsaufwand entstehen. Deshalb soll (wie auch beim Vorsorgeauftrag) die Abklärungspflicht nicht dem Arzt/Spital übertragen sein, sondern die vertretungsberechtigte Person sollte ihre Vertretungsberechtigung nachweisen müssen. Im Zweifel wird der Arzt ohnehin die Erwachsenenschutzbehörde anrufen müssen (Art. 434 Abs. 2).

Art. 435 (Information und Zustimmung)

Im Titel des Art. 435 ist von «Zustimmung» die Rede, im Text (Abs. 2) «entscheidet» die vertretungsberechtigte Person bei Fehlen einer Patientenverfügung nach dem mutmasslichen Willen und den objektiven Interessen der urteilsunfähigen Person. Die Vorstellung, dass ein Patient resp. sein Vertreter nach sorgfältiger Information durch den Arzt autonom und ohne Hilfe entscheidet, ist häufig realitätsfremd. Gerade bei Entscheiden, die eine hohe Sachkenntnis erfordern (z.B. Abschätzen der Prognose, Abwägen von Vor- und Nachteilen einer bestimmten Massnahme usw.) sind Patienten und Vertreter häufig überfordert und in hohem Mass von der Beratung und Empfehlung des Betreuungsteams abhängig. Sie wünschen deshalb aktive Unterstützung in der Entscheidungsfindung oder versuchen diese an den Arzt zu delegieren. Behandlungsentscheide sollten deshalb gemeinsam diskutiert und entschieden werden, dies bedeutet, dass nicht der Vertreter «entscheidet», sondern dieser vielmehr dem gemeinsam diskutierten Vorgehen zustimmen muss. Von der (fachlichen) Letztverantwortung kann und soll der Arzt nicht dispensiert werden. Können sich Arzt und Vertreter des Patienten nicht einigen, sollten beide Seiten die Möglichkeit haben, die Erwachsenenschutzbehörde anzurufen.

Sowohl im Spital wie auch in Pflegeheimen werden täglich therapeutische Entscheidungen getroffen (z.B. Verordnen eines Medikaments, Änderung der Dosierung, Absetzung usw.), welche nicht von grundlegender Bedeutung sind. Der Gesetzesentwurf berücksichtigt auch die Tatsache, dass es kaum möglich und wohl auch kaum sinnvoll ist, vor jeder Entscheidung die beauftragte Person umfassend zu informieren. Dies berücksichtigt auch der Gesetzesentwurf, indem er die Informationspflicht des Arztes auf alle Umstände beschränkt, die im Hinblick auf die in Aussicht genommene Behandlung wesentlich sind. Die Abgrenzung zwischen wichtigen respektive wesentlichen Entscheidungen und täglichen Entscheidungen ist allerdings fließend. Die Anforderung im Gesetzestext müsste daher präzisiert werden: Die Zustimmung der beauftragten Person muss bei wichtigen therapeutischen Entscheidungen und im Zusammenhang mit grundsätzlichen therapeutischen Prinzipien eingeholt werden.

Die Vorschrift, bei schwerwiegenden oder risikoreichen Eingriffen *immer* eine ärztliche Zweitmeinung einholen zu müssen, würde nicht nur viele medizinische Abläufe massiv erschweren und verteuern, sondern in vielen Fällen auch zu einer erheblichen zusätzlichen Belastung für die Vertreter des Patienten führen. Falls die Zweitmeinung in gewissen Aspekten differiert, was gerade bei schwerwiegenden und risikoreichen Eingriffen nicht selten der Fall sein wird, kann dies zu Verwirrung und Vertrauensverlust führen. Es entspricht der medizinischen Realität, dass Experten über den günstigsten therapeutischen Weg gerade in schwierigen Situationen unterschiedlicher Meinung sind. Die Erfahrung zeigt aber dennoch, dass meist mehrere Wege zum guten Ziel führen. Urteilsfähigen Patienten wird die Entscheidung überlassen, ob sie dem Arzt ihrer Wahl bezüglich des vorgeschlagenen Procederes vertrauen oder ob sie eine Zweitmeinung einholen wollen.

Die fürsorgerische Unterbringung Art. 416ff.

Es ist zu begrüßen, dass nunmehr erstmals auf eidgenössischer Ebene klare Regelungen für die fürsorgerische Unterbringung erfolgen.

Nicht eindeutig definiert wird allerdings der Begriff «geeignete Einrichtung». So ist beispielsweise nicht klar, ob auch Strafvollzugsanstalten darunter fallen könnten. Bedauerlicherweise bestehen für schwer verwahrloste Personen, bei welchen die notwendige Behandlung oder Betreuung nicht anders als in einer Institution erfolgen kann, kaum geeignete Einrichtungen.

Art. 421 (Ärztliche Zuständigkeit)

Die in Art. 421 vorgesehene Beschränkung der Einweisungskompetenz auf vom Kanton zu bezeichnende «geeignete Ärztinnen und Ärzte» ist zu begrüßen. Im Kommentar wird zwar erläutert, dass dies Personen sein müssen, die für ihre Aufgabe vorbereitet sind und sich insbesondere in psychischen Krankheiten auskennen sollen. Wir würden es begrüßen, wenn dies auch im Gesetzestext noch deutlicher als «geeignet» zum Ausdruck käme, beispielsweise durch den Zusatz «geeignete, auf dem Gebiet der Notfallpsychiatrie kompetente Ärzte».

Art. 429 (Behandlung ohne Zustimmung)

In Art. 429 findet eine Vermischung zwischen der Urteilsunfähigkeit und der fehlenden Einsicht in die Notwendigkeit einer Behandlung statt. Aus der fehlenden Einsicht in die Behandlungsbedürftigkeit kann nicht immer der Schluss gezogen werden, dass die betreffende Person nicht urteilsfähig ist. (Es ist das Recht eines Individuums, «unvernünftig» zu entscheiden). Die Urteilsunfähigkeit sollte daher eindeutig nachgewiesen und sämtliche weniger eingreifende Behandlungsalternativen, die Aussicht auf Erfolg haben, ausgeschöpft sein, bevor eine Zwangsbehandlung durchgeführt werden kann.

Die fürsorgerische Unterbringung ist auch bei Fremdgefährdung möglich (Art. 416). Wegen Fremdgefährdung untergebrachte Patienten dürfen zwar zurückbehalten, nicht aber ohne ihre Zustimmung behandelt werden. Dies ist sowohl für die Betroffenen selbst als auch für das Behandlungsteam, welches dadurch erhöhten Risiken ausgesetzt ist und eine reine Verwahropsychiatrie ausüben müsste, nicht zumutbar. Deshalb wäre Art. 429 Abs. 1 entsprechend zu ergänzen.

Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen Art. 437 ff.

In diesem Bereich besteht auch nach Erkenntnissen der SAMW eine gravierende Grauzone. Es ist daher uneingeschränkt zu begrüßen, dass hier nun Klarheit geschaffen werden soll. Die neuen Vorschriften weisen sämtlich in die richtige Richtung; es ist zu erwarten, dass ihre konsequente Umsetzung zu einer Professionalisierung der Betreuung führen wird. Hier ergeben sich unseres Erachtens aber auch die grössten Umsetzungsprobleme auf kantonaler Ebene (vgl. hierzu die einleitenden Bemerkungen). Insofern würden wir es auch begrüßen, wenn in Art. 442 oder an anderer geeigneter Stelle noch weitere Ausführungsbestimmungen eingeführt werden, welche die Kontrollpflichten der Kantone bzw. der von ihnen bezeichneten Kontrollinstanzen detaillierter regeln.

Art. 437 (Betreuungsvertrag)

Leider beziehen sich Art. 437ff. nur auf urteilsunfähige Patienten. Die Möglichkeiten, einen sogenannten Betreuungsvertrag auszuhandeln, werden in der Regel im Zeitpunkt des Eintrittes auch für urteilsfähige Personen begrenzt sein (dies insbesondere auch weil häufig ein Mangel an geeigneten Plätzen besteht oder der Heimeintritt «notfallmässig» nach einem Spitalaufenthalt erfolgen muss). Eine umfassendere Regelung, welche auch urteilsfähige Personen miteinschliesst, wäre deshalb sinnvoll.

Art. 438 (Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit)

Die Bestimmung gilt für den Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen, soll aber gemäss Begleitbericht zum Vorentwurf, Juni 03, S. 75, in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips in allen Behandlungssituationen massgebend sein. Wir erachten es als ausserordentlich wichtig, dass schwerwiegende Freiheitseinschränkungen gesetzlich geregelt werden. Insbesondere bei der Betreuung von älteren pflegebedürftigen Menschen besteht ein fließender Übergang zwischen Schutzmassnahmen und freiheitseinschränkenden Massnahmen. So ist es im Rahmen der üblichen pflegerischen Betreuung (z.B. Anbringung eines Bettgitters aus Sicherheitsgründen) sicher nicht sinnvoll, dieselben Forderungen anzubringen wie für eine Mobilitätseinschränkung mittels Fixationsgurten.

Nebst den in Art. 438 genannten Voraussetzungen für die Einschränkung der Bewegungsfreiheit sollte die Subsidiarität dieser Massnahme noch deutlicher hervorgehoben werden (z.B. andere, die persönliche Freiheit weniger beeinträchtigende Massnahmen haben versagt oder sind nicht möglich). Die Verwendung von Sedativa usw. zur Ruhigstellung sollte nur unter den Voraussetzungen von Art. 429 zulässig sein.

Diverse Studien belegen, dass solche freiheitsbeschränkende Massnahmen häufig mit gesundheitlichen Risiken (z.B. Thrombose usw.) verbunden sind. Wir schlagen deshalb vor, dass eine Überwachung während deren Durchführung gewährleistet werden muss. Die Bestimmung gemäss Abs. 2, wonach der betroffenen Person mitgeteilt werden muss, wer sich während dieser Zeit um sie kümmert, erscheint uns diesbezüglich zu wenig deutlich.

Wir danken Ihnen im Voraus für die Berücksichtigung unserer Anliegen und verbleiben mit freundlichen Grüssen.

Prof. Werner Stauffacher
Präsident SAMW

lic. iur. Michelle Salathé
wiss.Mitarbeiterin

PS Sie erhalten unsere Stellungnahme auch in elektronischer Form