



**University of
Zurich** ^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2012

Privatrechtliche Betrachtung eines HIV-Tests ohne Informed Consent

Breitschmid, Peter

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-73735>
Journal Article
Published Version

Originally published at:
Breitschmid, Peter (2012). Privatrechtliche Betrachtung eines HIV-Tests ohne Informed Consent. Jusletter, 13(26.11.2012):online.

Prof. Dr. Peter Breitschmid

Privatrechtliche Betrachtung eines HIV-Tests ohne Informed Consent

Medizinische Behandlung unterliegt dem Auftragsrecht nach OR, ist individuell ausgestaltbar, hat aber fachlichen Standards zu genügen. «Zufallsfunde» im Zuge einer Untersuchung stellen beträchtliche Anforderungen an die Aufklärung der betroffenen Person; deren Autonomie kann durch Diagnosen in gewissem Masse (für Kranksein nicht untypisch) beschränkt sein. Der Umgang mit solchen typischen Unsicherheiten von Kranksein kann im Einzelfall überfordern. Dies müsste ggf. Anlass geben, für die betroffene Person erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen zu erwägen, und auch die Interessen dieser Person in ihren persönlichen Beziehungen (und damit Interessen Dritter) einzubeziehen.

Rechtsgebiet(e): Gesundheitsrecht; AIDS. Kampf gegen Epidemien; Auftrag; Beiträge

Zitiervorschlag: Peter Breitschmid, Privatrechtliche Betrachtung eines HIV-Tests ohne Informed Consent, in: Jusletter 26. November 2012

[Rz 1] Ärztliche Behandlung kranker Menschen ist rechtlich ein **Auftrag** (Art. 394 ff. OR), fremdnütziges Tätigwerden im Interesse des Kranken. Erfolg ist beim Auftrag nicht garantiert, aber die Behandlung am optimierten Bemühen um den *angestrebten* Erfolg orientiert. Beauftragte sind an die Weisungen des Auftraggebers gebunden, indes in der Abwicklung doch insoweit frei, als sie ein «Organisationsermessen» haben, dem folgend sie für den hier diskutierten Bereich «*wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich*» (Art. 32 Abs. 1 KVG; vgl. Art. 389 Abs. 2 ZGB: «Jede behördliche Massnahme muss erforderlich und geeignet sein») das (Behandlungs-)Ziel erreichen sollten. Im Prinzip gilt, dass ohne (Behandlungs-/Abklärungs-)Auftrag nicht in die Sphäre des Patienten eingegriffen werden darf – immerhin unter dem Vorbehalt der «GoA» (Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419 ff. OR, Geschäftsführung gemäss mutmasslicher Absicht). Solche Behandlung eines «Stummen» ist allerdings die Ausnahme. Zudem bedeutet Behandlung, vorerst Diagnose zu stellen, sodann diese zu besprechen und das Vorgehen zu evaluieren. Im Rahmen der einzelnen Stadien sind die je gegebenen Rahmenbedingungen bezüglich «Informationsfähigkeit» zu beachten.

[Rz 2] Das **Handlungsspektrum des Beauftragten**, bzw. dessen Freiheit, zwischen äquivalenten Behandlungsmethoden abzuwägen, kann durch Patientenverfügungen (Art. 370 ff. ZGB) eingeschränkt werden; solche können unter Umständen die Behandlung unmöglich machen (z.B. Verweigerung von Bluttransfusionen; explizite Beschränkung des Diagnoseauftrags). An sich könnte alles und jedes (z.B. der Gebrauch von Amalgam, von Produkten oder Medikamenten gewisser Hersteller usw.) und auch die Durchführung eines *Aids-Tests* durch Patientenverfügung verboten werden. Immerhin könnte es sein, dass man sich zumindest bei gewissen Anordnungen die Frage stellt, ob eine Weisung («nur gute Neuigkeiten») Sinn macht (in der testamentsrechtlichen Literatur wird bisweilen die Auffassung vertreten, ein in Widerspruch zu bekannten Äusserungen stehendes Testament könne Hinweis auf eine Drucksituation sein, der man sich zu entwinden versuche; oder – zwar gewagt, aber nicht auszuschliessen – es bilde eine schlicht unsinnige Anordnung Hinweis auf möglicherweise fehlende Urteilsfähigkeit, was indes nur mit grösster Zurückhaltung angenommen werden darf). Dennoch würde natürlich das Erfordernis «*objektiver*» Sinnhaftigkeit solcher Anordnungen letztlich die Umsetzung des gesetzlich geschützten *persönlichen* Willens verunmöglichen oder zumindest massiv hindern. Umgekehrt kann dieser persönliche Wille doch auch wieder nur im Rahmen der Gesetze und Standards (wie etwa der Richtlinien der EMRK oder der GCP) umgesetzt werden. Es kann z.B. nicht gültig auf einem aus hygienischen Gründen nicht (mehr) zulässigen oder medizinischen Standards und Möglichkeiten nicht (mehr) entsprechenden Vorgehen bestanden werden (und es wäre ggf. abzuwägen, ob der Patientenwille dahingehend auszulegen ist, ob dann auf Behandlung gänzlich verzichtet

oder eben doch die Standardbehandlung verabreicht werden soll). Es dürfte auch kaum gültig gefordert werden können, dass zu Lasten der Grundversicherung ein wesentlich teureres Vorgehen gewählt werden müsse.

[Rz 3] Bei allem Respekt vor den persönlichen Anliegen innerhalb gewisser Schranken der Praktikabilität im **standardisierten** Klinikalltag liesse sich – allerdings etwas überspitzt – aber doch auch sagen bzw. fragen: *Kann nicht auch der Glaube an (absolute) Selbstbestimmung Krankheitswert haben? Zum Wahn mutieren?* Dieser Satz ist keineswegs als Provokation gegenüber den neuen, auf 1. Januar 2013 in Kraft tretenden Bestimmungen des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts zu verstehen (das ich uneingeschränkt befürworte!). Lediglich darf das «Dogma» der Selbstbestimmung so wenig zur absolutistischen Maxime erhoben werden, wie das bislang mit der staatlich-paternalistischen «Eingriffsverwaltung» des alten Vormundschaftsrechts der Fall war. Im Alltag muss man sich *fragen, ob nicht allenfalls auch unsere «fitt», gut trainierte Gesellschaft am Wahn krankt, nicht krank sein zu dürfen. Ist nicht allenfalls die Urteilsfähigkeit zumindest reduziert, weil man sich eine Scheinwelt zurechtlegt und die Krankheit verdrängt? Oder getraut man sich nicht krank zu sein, damit «der Versicherer» und seine Hintermänner und allenfalls der Arbeitgeber nichts erfährt?* Die Angst vor der Krankheit nicht zu Durchschauen und nicht gerade auch *diese* Angst zu behandeln, wäre wohl einer der gröberen Kunstfehler.¹

[Rz 4] Zwar ist der Beauftragte zu «vorschriftsgemässer» Ausführung des Auftrags verpflichtet (Art. 397 OR), und damit auch zur Beachtung einer **Patientenverfügung** (Art. 370 ff. ZGB); indes gibt es (ausnahmsweise) verschiedene Konstellationen, wobei denen *keine* Weisungsbefolgungspflicht besteht², für Patientenverfügungen insbesondere im Fall der Dringlichkeit (Art. 372 Abs. 1 Satz 2 ZGB). Präliminare Tests, die (auch) dem Schutz des behandelnden Personals dienen, können meines Erachtens in diesen Bereich einbezogen werden; solche sind Teil der GCP. *Nemo ultra posse tenetur*: Niemand kann zu Unmöglichem (auch dem Abweichen von verbindlichen Standards) verpflichtet werden (auf privatrechtlicher Ebene ein Aspekt von Art. 20 OR). Der Beauftragte geht (nur!) dann korrekt vor, wenn er sich an die fachlichen Kriterien seiner Spezialisierung hält. Er ist ja geradezu als Fachperson um seiner Fachkenntnis willen beigezogen worden (ansonsten sich die Auftragserteilung erübrigt hätte). Die Frage, ob zur geeigneten Behandlung (geeignete, fachlich korrekte Behandlung schliesst ein, dass *Behandelnde* sich

¹ Siehe zu solchen Überlegungen *meine* Beiträge: Wer ist wann urteilsfähig? Und wer ist wann nicht (mehr) urteilsfähig? Und wird er es allenfalls je wieder? Ist man in Haft urteilsfähig? (in: *Tag/Gross*, Hrsg., Tod im Gefängnis, Frankfurt/New York 2012, 143 ff.); Über die *Urteilsunfähigkeit* des *Urteilsfähigen* und die *Urteilsfähigkeit* des *Urteilsunfähigen* (in: *PETERMANN*, Hrsg., *Urteilsfähigkeit*, St.Gallen/Zürich 2013 [in Vorbereitung]).

² Siehe z.B. *CHK-GEHRER/GIGER*, OR 397 N 5 ff.

keinem vermeidbaren Risiko, sei das Infektion *oder* Haftung, aussetzen) gewisse Tests vorgenommen werden müssen, ist *Fachfrage*. Zu deren Entscheid (wo es überhaupt einen Ermessensspielraum gibt: Puls und Körpertemperatur sind zwar auch persönliche Werte, aber von geringer Sensibilität) sind Beauftragte in der Regel autonom berechtigt³, haben aber zu **informieren**.

[Rz 5] Anders – rein aus individualistisch-patientenbezogener Sicht – zu entscheiden, fällt zumindest im alltäglichen Massengeschäft (und dazu gehört etwa auch das Prozedere in einer Notfallaufnahme) ausser Betracht. Darf irgendeine Abklärung (oder eben konkret der HIV-Test) unter gewissen Bedingungen ohne Einwilligung durchgeführt werden, bedeutet das allerdings noch *nicht*, dass die **Ergebnisse** in beliebiger Form **ausgewertet** werden dürfen. Zweifelsohne dürfen die Ergebnisse zu dem Zwecke verwendet werden, zu welchem sie erhoben wurden. Der weitere Umgang mit «Zufallsfunden» ist indes diffizil. Der «Zufallsfund» (Terminologie nach Art. 243 StPO) ist «sicherzustellen», d.h. es ist über das «weitere Vorgehen» gesondert zu entscheiden (Art. 243 StPO) – eine strafprozessuale Sicht, die indes durchaus auf die vorliegenden Gegebenheiten übertragen werden kann. Im Zuge dieses «weiteren Vorgehens» – der weiteren Überlegungen, der Entwicklung eines *Behandlungsplans* (vgl. Art. 377 ZGB) für die Zeit nach der Erstintervention – besteht Zeit, um Zuständigkeit und Opportunität einerseits, insbesondere aber die Wünsche der betroffenen Person andererseits zu evaluieren, Widersprüche zu klären und ggf. divergierende Auffassungen abzustimmen oder Kontroversen zuständigenorts beurteilen zu lassen. Immer aber gilt: es kann kein «Geheimnis» Dritter über Patienten geben; die Frage ist nicht, *ob* informiert wird, sondern nur, *in welchem Rahmen* dies geschieht.

[Rz 6] Trifft die Annahme zu, dass eine **Diagnose** selbst den «aufgeklärten Patienten» psychisch erheblich **belasten**, allenfalls sogar überfordern kann, und reagiert der Patient dabei introvertiert, verschlossen, verweigert er sich Therapien, *ohne* vorgängig schon für eine solche Eventualität Überlegungen angestellt zu haben, so ist seine Urteilsfähigkeit trotz aller «Aufgeklärtheit» allenfalls doch nur eine hypothetische, theoretische, sein Handeln aber einseitig. Ob in solchen Situationen nun Subjektivität oder Objektivität den Massstab bilden soll, lässt sich meines Erachtens nicht in generell-abstrakter, sozusagen «reiner», unbestreitbarer Art bestimmen. Ein ganz wesentliches Kriterium dürfte sein, dem Patienten Zeit zu geben, um die Diagnose zu «verdauen» (oder zumindest einmal daran zu «kauen»). So wie jeder (reflektierte) Willensbildungsprozess das Gegenteil eines Spontanentschlusses, nämlich eben ein Prozedieren von Überlegungen und Zeit ist, ist auch der Informations- und Informationsverarbeitungsprozess, der letztlich zum Informed Consent führt,

ein prozesshafter Verlauf, der Zeit benötigt (die «unsere Zeit» zu gewähren immer weniger bereit ist ...: will der Patient nicht auf Antrieb begreifen, so riskiert man, dass er über das «Verfalldatum» von DRG hinaus hospitalisiert bleiben muss ...). Grösstes Risiko des «Positivseins» ist mittlerweile allerdings, *dies* (familiär, beruflich) nur beschränkt geheim halten zu dürfen.

[Rz 7] Es stellt sich aber auch ein anderes Problem. Jeder Prozess schafft bis zum Bekanntwerden des abschliessenden Entscheids einen Schwebestand. Dieser Schwebestand ist oft nur schwer auszuhalten (man denke an familienrechtliche Verfahren: Unterhalt und Kontakte zu Kindern im Scheidungsprozess). Deshalb haben die Gerichte für die Dauer solcher Prozesse sogenannte «vorsorgliche Massnahmen» zu treffen, damit während des Prozessverlaufs ein funktionierender *modus vivendi* besteht. Etwas Ähnliches ist auch für die «**Durchlaufphase**» (zwischen Krankheitsgefühl, diagnostischen Abklärungen, Diagnose, Kommunikation dieser Diagnose, Verarbeitung der Diagnose und Konsequenzen/Umsetzung der Diagnose im Alltag von kranken Menschen) nötig. Regelmässig werden Angehörige einbezogen, da die Diagnose auch für sie Auswirkungen haben kann (Notwendigkeit von Spitex-Massnahmen oder gar eines Heimeintritts wirken sich auf Möblierung der Wohnung oder auch auf deren Finanzierbarkeit aus). Patienten haben zusammen mit ihrem Umfeld in jenes neue Umfeld hineinzuwachsen, welches die Diagnose bestimmt oder erzwingt. Dieser «Prozess» ist gleichermassen von den medizinischen Sachverständigen so zu begleiten, wie eben auch ein «juristischer» Prozess vom Gericht zu begleiten ist, das auf Antrag von Beteiligten zweckmässige weitere Vorkehren zu treffen hat.

[Rz 8] Was bedeuten all diese Prämissen nun für den weiteren Umgang mit einer (nach wie vor zumeist als infaust empfundenen) Diagnose, die ein positiver HIV-Test bedeutet, insbesondere, wenn dieser Test ohne Einwilligung, gewissermassen «en passant» erhoben wurde? Das Testergebnis, das eigentlich bloss Risiken abwenden sollte, ist damit zur «ausserplanmässigen» Diagnose einer Krankheit geworden, die in verschiedener Hinsicht schwer(er) zu akzeptieren ist als andere, und die auch vom gesellschaftlichen und persönlichen Umfeld oft schwerer akzeptiert wird. Das «therapeutische Privileg» ist längst abgeschafft⁴, und so ist über (*alle!*) Themen zu sprechen. Mancher Routineuntersuchung bringt unerwartete (oder verdrängte) Diagnosen zu tage – deshalb führt man ihn eigentlich durch, verbunden mit der Hoffnung, dass nicht ist, was man hofft, es sei nicht. Man könnte – etwas provokativ zwar – die These vertreten, dass das Verschweigen gewisser Krankheiten (wie anderer sogenannter negativer Eigenschaften, wie z.B. Angehöriger eines bestimmten Staates zu sein, einen auf -ic endenden Namen

³ Sogenannte «Weisungsfreie Bereiche»; siehe CHK-GEHRER/GIGER, OR 397 N 9.

⁴ Siehe noch BGE 105 II 284, wonach Beunruhigung des Patienten zu vermeiden war; differenzierter mit Hinweisen nun BGE 122 I 153, 166 E. 6.c.c.c.

zu tragen, usw.) die Stigmatisierung verstärkt. Unausprechliches *ist* stigmatisiert (und bleibt es damit). Also wäre der Schluss, dass Patientenaufklärung und Einbezug des Umfelds (zwar gestuft, rücksichtsvoll und ganz gewiss dem Thema angepasst) grundsätzlich in gleicher Weise anzugehen wären wie der Umgang mit einem hüft- oder magenoperierten Patienten. Auch bei ihm werden einige Tipps zu Lagerung und Bewegung bzw. zum Menüplan gegenüber seinem Umfeld unverzichtbar sein. Gewiss ist eine möglicherweise mit sexuellem Verhalten einhergehende Diagnose persönlichkeits sensitiver als einige Anweisungen zur Bewegungstherapie. Und doch ist Sexualität (nach wie vor) zwar ein schwerer «aussprechbarer», aber doch ein sehr menschlicher Teil menschlichen Lebens – soll sie weiter verschwiegen werden, oder wäre nicht der Zeitpunkt gekommen, dass unsere laute, mitteilungsfreudige Gesellschaft auch in diesem Punkt nicht weiter tabuisiert? Wenigstens aber Zeit gibt, um die Normalität *jeglichen* Krankseins akzeptieren und dann thematisieren zu können?⁵

[Rz 9] Privatrechtlich ist ein **Geheimnis** Teil der (wie auch immer zu definierenden) Privatsphäre, einem geradezu «heiligen Gral», geschützt durch Art. 28 ZGB; solche Sphären sind aber nur theoretisch separierte Bereiche – osmotische Vorgänge lassen sich beobachten. Und manche «subkutane Wucherung» kann Sphären sprengen. Zwar ist Informations transfer über Persönliches durch privatrechtliche Grundwertungen beschränkt (aber auch geboten: z.B. Art. 159 ZGB); gleichzeitig gebietet fachlich richtige Behandlung und Respekt vor der (kranken) Person, diese auf ihre Stellung im Rahmen ihrer zwischenmenschlichen Vernetzungen vorzubereiten. Eine «informationelle Explosion» wäre persönlichkeitswidrig, aber erst die Begleitung im Umgang mit der gegebenen Situation ist wirklicher Respekt vor der Persönlichkeit der Betroffenen und ihres Umfelds. Blosses Schweigen ist aber gleichermassen unmenschlich wie unprofessionell.

[Rz 10] Die Frage ist, wie der **Verarbeitungsprozess** einer solchen **Diagnose** begleitet wird. Menschen, die im Umgang mit einer Krankheit überfordert sind (und Umgang mit einer Krankheit kann die Frage der richtigen Einnahme der Medikation betreffen, aber auch weitere Auswirkungen auf die kranke Person und ihr Umfeld), können als hilfsbedürftig in dem Sinne zu betrachten sein, dass sich eine *erwachsenenschutzrechtliche Massnahme* aufdrängt. Gänzlich Verdrängen (fehlende Krankheitseinsicht) bei schwerer Erkrankung könnte als Urteilsunfähigkeit im Umgang mit dieser Diagnose und ihren Folgen zu betrachten sein. Dann aber hätte die Erwachsenenschutzbehörde zu prüfen, ob ein Einschreiten geboten ist (Art. 381 Abs. 3 ZGB; eine Bestimmung im Kontext des zweiten Abschnitts des neuen Erwachsenenschutzrechts: «Massnahmen von Gesetzes wegen für urteilsunfähige Personen», wobei denen insbesondere nach

der «Kaskade» von Art. 378 ZGB vertretungsberechtigte Personen nicht handeln können, weil sie über keinerlei Handlungsinformationen verfügen: Errichtung einer Vertretungsbeistandschaft, Art. 394 ZGB, auf Antrag unter anderem von Arzt oder Ärztin, ggf. nahestehenden Personen bzw. von Amtes wegen, etwa nach einem anonymen Hinweis; vgl. auch Art. 443 ZGB, wo dessen Abs. 1 zwar das Berufsgeheimnis vorbehält, Abs. 2 für Wahrnehmungen im Rahmen amtlicher Tätigkeit, etwa spitalärztlicher Tätigkeit an einem öffentlichen Spital, aber eine *Meldepflicht* statuiert, die kantonrechtlich zudem ausgedehnt werden kann.⁶ Im Rahmen der konkreten Ausgestaltung einer solchen Beistandschaft wäre vorstellbar, das Umfeld einer kranken Person in geeigneter Weise in Behandlung oder Umgang mit dieser Person einzubeziehen bzw. hierzu vorzubereiten. Selbstverständlich ist das *Verhältnismässigkeitsprinzip* (Art. 389 ZGB) zu beachten. Die «Geheimnisse» von Ärzten, Anwälten, Mediatoren, Priestern und weiteren Berufsgruppen stehen – je nach dem Zeitpunkt ihrer gesetzlichen Kodifizierung – in teils recht eigentümlichen Hierarchien. Sie sind durchweg schützenswert, aber der Schutzwert ist doch in jedem Fall (sorgfältig!) abzuwägen. Immerhin kann *absoluter* «Schutz» andere als sehr absolut qualifizierte Rechtsgüter tangieren, weshalb nicht monothematisch isolierte Betrachtungsweisen verabsolutiert werden dürfen. Dass höchst sensible, problematische Daten in Frage stehen, muss zu grösster Zurückhaltung, sorgfältigstem Umgang, gebührender Abwägung führen, darf aber nicht Denk- und Handlungsverbote erzwingen, die ihrerseits unethische Folgen hätten.

[Rz 11] Als **Ergebnis** wäre mithin denkbar, dass ausnahmsweise, nach gebührender Abklärung, bei für das Umfeld (und damit – nach den Wertungen etwa von Art. 426 Abs. 2 ZGB bei fürsorgerischer Unterbringung – auch für die betroffene Person selbst) qualifiziert belastenden Gegebenheiten vom Testergebnis der zuständigen KESB Mitteilung gemacht und mit dieser gemeinsam (im Rahmen der Sachverhalts ermittlung durch die KESB) das gebotene weitere Vorgehen evaluiert würde. Auch der Umgang mit einer «abgelehnten Diagnose» (oben Ziff. 6–8) kann ein «Einschreiten» (Art. 381 Abs. 1 i.V.m. Art. 394 ZGB) erfordern, damit die im Umgang mit der Diagnose nicht oder nur beschränkt urteilsfähige Person begleitet oder, in extremis, vertreten werden kann.

Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid, Ordinarius, ist Inhaber des Lehrstuhls für Privatrecht, Schwerpunkt ZGB, an der Universität Zürich.

* * *

⁵ Auch *Raucher und Übergewichtige* sind in der öffentlichen Wahrnehmung zunehmend exponiert.

⁶ CHK-STECK, ZGB 443 N 23. S. aber auch det. (und einschränkender) BSK ErwSchutz – AUER/MARTI, Art. 443 N 14 ff.