



Medizinische Massnahmen im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung: Schnitt- und Nahtstellen

DANIEL ROSCH

Aufgaben im Bereich von medizinischen Massnahmen finden sich bei der eigenen Vorsorge, bei den gesetzlichen Vertretungsrechten und bei den behördlichen Massnahmen. Sie sind Querschnittsthema im neuen Erwachsenenschutzrecht. Querschnittsthema bringen Schnitt- und Nahtstellenfragen mit sich. Der vorliegende Aufsatz beschäftigt sich mit einer Reihe solcher Fragen aus der Perspektive der Fürsorgerischen Unterbringung (FU). Dabei werden insbesondere die Abgrenzung der FU zum Zwecke der Behandlung und der Betreuung, das Verhältnis der medizinischen Massnahmen im Rahmen der FU zu den allgemeinen Vertretungsrechten der Art. 377 ff. ZGB, das Verhältnis der FU Bestimmungen zur Patientenverfügung, die vor und nachgelagerten Bestimmungen der ambulanten Massnahmen und der Nachbetreuung und zu guter Letzt auch die Problematik der zwangsweisen Vollstreckung thematisiert und ausgeleuchtet. Der Aufsatz schliesst mit Vorschlägen für medizinische Massnahmen de lege ferenda.

Les tâches à accomplir dans le domaine des mesures d'ordre médical se situent au niveau des mesures personnelles anticipées, des pouvoirs de représentation légaux et des mesures prises par l'autorité. Elles sont un thème transversal dans le nouveau droit de la protection de l'adulte. Ce genre de thématique s'accompagne de questions charnières. Le présent article aborde toute une série de ces questions, en se plaçant dans la perspective du placement à des fins d'assistance (PAFA). L'auteur étudie, en particulier, la délimitation entre le PAFA à des fins de traitement et d'assistance, la relation entre les mesures médicales dans le cadre du PAFA et les pouvoirs de représentation généraux des art. 377 ss CC, le rapport entre les dispositions du PAFA et les directives anticipées du patient, les dispositions en amont et en aval des mesures ambulatoires et de la prise en charge de la personne concernée à sa sortie de l'institution et finalement, la problématique du traitement forcé. L'article termine en émettant des propositions pour les mesures d'ordre médical de lege ferenda.

Inhaltsübersicht

- I. Medizinische Massnahmen als Querschnittsthema des revidierten Rechts
- II. Medizinische Massnahmen und Betreuung im Rahmen einer FU
- III. Medizinische Massnahmen im Rahmen einer FU
- IV. Medizinische Massnahmen und Nachbetreuung bzw. ambulante Massnahmen
- V. FU und Patientenverfügung
- VI. FU und allgemeine Vertretungsrechte
 1. Koordinationsnorm des Art. 380 ZGB
 2. Zustimmung auch zur zwangsweisen Vollstreckung?
- VII. Medizinische Massnahmen de lege ferenda

I. Medizinische Massnahmen als Querschnittsthema des revidierten Rechts

Eine Person kann aufgrund von Art. 426 ZGB fürsorgerisch untergebracht werden, wenn sie wegen einem Schwächezustand (psychische Störung, geistige Behinderung, schwere Verwahrlosung) schutzbedürftig wird («wenn die nötige Behandlung und Betreuung nicht anders erfolgen kann»). Im Unterschied zum alten Recht

werden nun medizinische Massnahmen im Rahmen einer Fürsorgerischen Unterbringung (FU) von Bundesrechts wegen möglich. Im alten Art. 397a aZGB war nur Betreuung («nötige persönliche Fürsorge») im Rahmen einer Fürsorgerischen Freiheitsentziehung (FFE) vorgesehen; für die medizinischen Massnahmen war eine andere – in der Regel kantonale – gesetzliche Grundlage notwendig.

Dieser Fokus auf medizinische Massnahmen ist ein Markenzeichen des revidierten Erwachsenenschutzrechts. Neben der FU finden sich medizinische Massnahmen bei Urteilsunfähigen (Art. 377 ff. ZGB), im Rahmen der Patientenverfügung (Art. 370 ff. ZGB) und auch als Aufgabenbereich (Art. 391 ZGB) des Beistandes bzw. der Beistandin (vgl. Art. 378 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Damit werden medizinische Massnahmen zum Querschnittsthema des revidierten Erwachsenenschutzrechtes, weil sie im Rahmen der eigenen Vorsorge, der gesetzlichen Vertretungsrechte und auch bei den behördlichen Massnahmen (FU und Beistandschaft) Thema sein können. Querschnittsthema bringen wiederum Schnitt- und Nahtstellenfragen mit sich. Die Koordination der verschiedenen Bereiche, in denen medizinische Massnahmen thematisiert werden, tritt in den Vordergrund. Dieser sind im revidierten Recht zu wenig Beachtung geschenkt worden, was zur Folge hat, dass diverse Unklarheiten auftauchen. Der vorliegende Aufsatz versucht, einige dieser Schnitt- und Nahtstellen zu beleuchten.

DANIEL ROSCH, Bern, Jurist und Sozialarbeiter FH, MAS in Non-profit-Management, Prof. (FH) für Sozialrecht an der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit.

II. Medizinische Massnahmen und Betreuung im Rahmen einer FU

Im vorrevidierten Recht sah die FFE einzig die «persönliche Fürsorge» vor, welche im neuen Recht gleichbedeutend mit dem Begriff «Betreuung» im Gesetz Eingang gefunden hat. Gleichzeitig sieht das revidierte Recht spezifische Bestimmungen für medizinische Behandlungen vor, aber auch für den Fall der Anordnung ohne Zustimmung des Patienten bzw. der Patientin (Art. 434 f. ZGB). Hingegen finden sich bei der Betreuung keine solchen Bestimmungen. Damit ist die Behandlung bzw. sind medizinische Massnahmen von der formloseren Betreuung abzugrenzen. Bei der Betreuung geht es in aller Regel um Tathandlungen oder Realakte, ähnlich wie bei der Begleitbeistandschaft¹. Im Rahmen der FU ist hier insbesondere an therapeutische Massnahmen, aber auch an weitere Formen der Betreuung zu denken wie Essen, Körperpflege, Kleidung etc².

Demgegenüber zeichnen sich medizinische Massnahmen durch folgende zwei Aspekte aus:

Zunächst einmal stellen medizinische Massnahmen rechtlich relevante Eingriffe in die physische oder psychische Integrität dar. Medizinische Massnahmen sind grundsätzlich widerrechtlich, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt³. Dies gilt selbst dann, wenn sie nach den Regeln der Kunst erfolgt sind. Sie sind in aller Regel sowohl grundrechtlich relevant, weil insbesondere das Grundrecht auf persönliche Freiheit tangiert ist⁴, als auch zivilrechtlich relevant, weil die Persönlichkeitsrechte der

Betroffenen berührt sind⁵. Eine genau definierte «Eingriffsschwelle» kann jedoch nicht festgelegt werden. Es handelt sich um konkretisierungsbedürftige Generalklauseln. Materiell geht es um den «Schutz der Werte, die das Wesentliche der persönlichen Sphäre des Einzelnen ausmachen»⁶, respektive um Verhalten des Staates, das die Persönlichkeit des Bürgers und der Bürgerin respektiert⁷. Damit steht letzten Endes eine wertende Abwägung im Zentrum, wann die Grenze überschritten wird, bei welcher der Schutzbereich des Grundrechts bzw. die Persönlichkeitsrechte berührt sind. Diese Persönlichkeitsgüter sind durch die Differenzierung der Grundrechte, insbesondere aber auch durch Rechtsprechung und Lehre, konkretisiert⁸ worden⁹.

Neben diesem formellen Kriterium sind medizinische Massnahmen materiell betrachtet Massnahmen mit diagnostischem, präventivem und therapeutischem (Heil-) Zweck. Dazu können durchaus auch pflegerische Massnahmen zählen¹⁰. Damit zeigt sich auch, dass sich Betreuung und medizinische Behandlung überlappen und nicht materiell trennscharf voneinander abzugrenzen sind. In den Schnittmengen kommt dem vorne erwähnten eingriffs- bzw. persönlichkeitsrechtlichen Aspekt besondere Bedeutung zu.

¹ Vgl. DANIEL ROSCH, Die Begleitbeistandschaft – per aspera ad astra?, FamPra.ch 2010, 282 f.

² THOMAS GEISER, in: Thomas Geiser/Ruth Reusser (Hrsg.), Basler Kommentar, Erwachsenenschutzrecht, 1. A., Basel 2012, Art. 397a aZGB N 4.

³ ANDREA BÜCHLER/MARGOT MICHEL, in: Andrea Büchler/Christoph Häfeli/Audrey Leuba/Martin Stettler (Hrsg.), Kommentar Erwachsenenschutz, Bern 2013, Art. 370 N 18; DANIEL ROSCH, in: Daniel Rosch/Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht, Basel 2011, Art. 433–435 N 2; PATRICK FASSBIND, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. A., Zürich 2011, Art. 370 N 2.

⁴ Art. 7, 10, 12, 13 BV, resp. Art. 2, 3, 4, 5, 8 EMRK; Aspekte davon sind der Schutz der psychischen und physischen Integrität, der sexuellen Selbstbestimmung, der Freiheit und der Ehre, der Privat- und Geheimsphäre und die informationelle Selbstbestimmung (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. A., Zürich 2008, Rz. 343 ff. und 381 ff.; HEINZ HAUSHEER/REGINA AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. A., Bern 2012, Rz. 10.05).

⁵ Art. 27 ff. ZGB; diese sind auch Bestandteil des Grundrechts der persönlichen Freiheit (BGE 102 Ia 521). HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 4), Rz. 10.11.

⁶ ANDREAS BUCHER, Natürliche Personen und Persönlichkeitschutz, 4. A., Basel 2009, Rz. 384.

⁷ BGE 113 Ia 257, E. 4 b: «La liberté personnelle, droit constitutionnel non écrit, imprescriptible et inaliénable, donne à l'individu le droit d'aller et de venir et le droit au respect de son intégrité corporelle. Elle le protège en outre dans l'exercice de sa faculté d'apprécier une situation de fait déterminée et d'agir selon cette appréciation. Cette garantie n'englobe certes pas la protection de toute possibilité de choix et de détermination de l'homme, si peu importante soit elle; elle recouvre cependant toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine (ATF 112 Ia 100 consid. 5b, 111 Ia 345 consid. 3b, 232/3 consid. 3a, 109 Ia consid. 4a). La liberté personnelle oblige le détenteur de la puissance publique à un comportement envers le citoyen qui soit compatible avec le respect de sa personnalité. Elle protège intégralement la dignité de l'homme et sa valeur propre.»

⁸ REGINA AEBI-MÜLLER, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern 2005, N 82 f.

⁹ Siehe zur ähnlichen Fragestellung des rechtlich relevanten Zwangs auch: DANIEL ROSCH, Zwangskontext und «Zwangsbeglückung» in der gesetzlichen Sozialen Arbeit – Phänomen und rechtliche Aspekte, in: SZfSA 2011, 86 ff., 89 ff.

¹⁰ JÜRIG GASSMANN, in: Daniel Rosch/Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht, Basel 2011, Art. 370 N 7; BÜCHLER/MICHEL (FN 3), Art. 370 N 19.

III. Medizinische Massnahmen im Rahmen einer FU

Medizinische Massnahmen im Rahmen einer FU werden in den Art. 433 ff. ZGB geregelt und beschränken sich auf psychische Störungen. Dies ist insofern verwunderlich, als der Schwächezustand neben der psychischen Störung auch die geistige Behinderung umfasst. Man muss aber hier von einem bewussten Schweigen des Gesetzgebers ausgehen¹¹. Betrachtet man die Bestimmungen, so fällt auf, dass der Gesetzgeber hier beinahe ausschliesslich die psychiatrischen Kliniken vor Augen hatte. So kann in Art. 427 ZGB, der ebenfalls auf psychische Störungen beschränkt ist, die «ärztliche Leitung» eine Zurückbehaltung anordnen, im Rahmen der Behandlung ohne Zustimmung gemäss Art. 435 ZGB braucht es einen «Chefarzt». Dies steht im Widerspruch zum sehr weiten Einrichtungsbegriff, der neben geschlossenen Einrichtungen auch Alters- und Pflegeheime¹², gemäss den Materialien sogar die eigene Wohnung oder Wohnungen von Familienangehörigen¹³ vorsieht. Diese weiteren Einrichtungsformen zeichnen sich mitunter dadurch aus, dass sie weder eine ärztliche Leitung noch einen Chefarzt haben.

Medizinische Massnahmen im Rahmen einer FU sind gemäss Art. 433 ZGB möglich, wenn zunächst einmal ein *Behandlungsplan* erstellt wird. Der behandelnde Arzt bzw. die behandelnde Ärztin ist verpflichtet, einen solchen zu erstellen und mit der eingewiesenen Person zu besprechen. Zudem ist in aller Regel die Vertrauensperson beizuziehen, es sei denn, die urteilsfähige Person unter FU lehnt dies ausdrücklich ab. Die Ärztin bzw. der Arzt informiert die betroffene Person und die Vertrauensperson über alle für die ärztliche Aufklärungspflicht relevanten Umstände («informed consent»). Gegenüber der Vertrauensperson ist keine Entbindung vom Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB notwendig. Damit der Behandlungsplan umgesetzt werden kann, bedarf es der Zustimmung der betroffenen Person. Diese muss hierfür urteilsfähig sein. Bei Urteilsunfähigkeit darf einzig eine allfällige Patientenverfügung berücksichtigt werden¹⁴.

Die Zustimmung kann somit verweigert werden¹⁵ oder aber die betroffene Person ist urteilsunfähig und kann eine solche nicht erteilen. Ferner kann es auch vorkommen, dass die betroffene Person sich nicht zu entscheiden vermag. In all diesen Situationen kommt die Behandlung ohne Zustimmung gemäss Art. 434 ZGB zum Tragen. Diese setzt voraus, dass es einen Chefarzt gibt, der zusätzlich noch rechtzeitig involviert werden kann¹⁶ und der die Massnahmen schriftlich mit Rechtsmittelbelehrung anordnet. Zusätzlich müssen gemäss Art. 434 Abs. 1 ZGB drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein: Es muss einerseits eine bestimmte Gefahrensituation vorliegen¹⁷, die Massnahme muss andererseits erforderlich sein (was auch bedeutet, dass eine weniger weit eingreifende angemessene Massnahme nicht zur Verfügung steht). Zu guter Letzt muss der oder die Betroffene zudem urteilsunfähig in Bezug auf die Behandlungsbedürftigkeit sein. Es geht hier in aller Regel um urteilsunfähige Personen mit Ausnahme der Situation, dass zwar jemand in Bezug auf die einzelne medizinische Massnahme urteilsfähig sein kann, in Bezug auf die Krankheitseinsicht jedoch urteilsunfähig ist. Damit ist unter Berücksichtigung dieser Ausnahme und einer allfälligen Notfallsituation gemäss Art. 435 ZGB auch gesagt, dass gegenüber urteilsfähigen Personen im Rahmen einer FU grundsätzlich keine Massnahmen ohne Zustimmung angeordnet werden können. Ausserhalb einer FU kann allenfalls das kantonale Gesundheitsrecht gegenüber urteilsfähigen Menschen medizinische Massnahmen vorsehen¹⁸.

Medizinische Massnahmen können zudem zum Zwecke der Bewegungseinschränkung angeordnet werden, z.B. Sedativa, um die sog. «Fortlaufendenz» zu erschweren bzw. zu verunmöglichen. Offen ist, ob diese Massnahmen zu den bewegungseinschränkenden Massnahmen oder zu den medizinischen Massnahmen zu zählen sind. Die Materialien zum neuen Recht legen nahe, dass es sich hier um medizinische Massnahmen handelt¹⁹. Diese Auffassung haben einige Kommentatoren übernommen²⁰. Be-

¹¹ ROSCH (FN 3), Art. 433–435 N 1; OLIVIER GUILLOD, in: Andrea Bächler/Christoph Häfeli/Audrey Leuba/Martin Stettler (Hrsg.), Kommentar Erwachsenenschutzrecht, Bern 2013, Art. 426 N 56 und Art. 433 N 10.

¹² Botschaft des Bundesrates vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7001 ff., 7062; PHILIPPE MEIER/SUZANA LUKIC, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, Zürich 2011, Rn. 675; GUILLOD (FN 11), Art. 426 N 6; DANIEL ROSCH (FN 3), Art. 426 N 11.

¹³ Bericht der Expertenkommission 2003, 60 f., was aber den Wortsinne des Begriffes Einrichtung wohl sprengt (gl.M. FASSBIND [FN 3], Art. 426 N 1).

¹⁴ Siehe V.

¹⁵ Zu beachten ist aber, dass die Einwilligung zum Prozess gehört und nicht im Sinne eines «Take it or leave it» zu verstehen ist (vgl. ROSCH [FN 3], Art. 433–435 N 7 m.w.H.).

¹⁶ Ansonsten kommt die Notfallsituation gemäss Art. 435 ZGB zum Tragen.

¹⁷ Ohne Behandlung muss gemäss Art. 434 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden drohen oder das Leben oder die körperliche Integrität Dritter ernsthaft gefährdet sein.

¹⁸ ROSCH (FN 3), Art. 433–435 N 3; vgl. § 26 des zürcherischen Patientengesetzes.

¹⁹ Botschaft (FN 12), 7039.

²⁰ HERMANN SCHMID, Erwachsenenschutz Kommentar, Zürich 2011, Art. 383 N 3; FASSBIND (FN 3), Art. 383 N 1.

trachtet man die Situation aber weniger instrumentell als vielmehr – und wie üblich im Erwachsenenschutzrecht – von den Wirkungen her, so wären zusätzlich die Bestimmungen bei der Beschränkung der Bewegungsfreiheit zu beachten²¹.

IV. Medizinische Massnahmen und Nachbetreuung bzw. ambulante Massnahmen

Das revidierte Recht sieht gemäss Art. 437 ZGB vor, dass nach einer FU auch Massnahmen zur Nachbetreuung angeordnet werden können. Diese liegen im Kompetenzbereich der Kantone. Von der Gesetzssystematik her kann es nur um die Nachbetreuung bzw. um ambulante Massnahmen im Bereich von psychischen Störungen gehen²². Diesem Umstand haben einzelne Kantone wenig Rechnung getragen und haben auch bei geistiger Behinderung oder/und schwerer Verwahrlosung Massnahmen vorgesehen²³. Inwiefern Art. 437 ZGB systematisch am richtigen Ort ist, wäre zu diskutieren²⁴. Der Begriff Nachbetreuung umfasst sämtliche ambulanten und stationären Massnahmen, welche nach einer FU oder anstelle einer FU angezeigt sind²⁵. Die Kantone unterscheiden hier oft zwischen ambulanten Massnahmen, welche anstelle einer FU und zur Vermeidung einer solchen angeordnet werden, und Massnahmen der Nachbetreuung, im Nachgang an eine FU²⁶. Hintergrund dafür ist – entgegen der systematischen Stellung – ein unklarer Passus in der Botschaft²⁷. Dabei finden sich in den kantonalen Ausführungsbestimmungen inhaltlich keine Unterschiede in Bezug auf die Massnahmen der Nachbetreuung und den ambulanten Massnahmen. Die Kantone haben unterschiedlichste Massnahmen vorgesehen, wobei die Massnahmen nicht in einem abschliessenden Katalog

genannt werden. Erwähnt werden verpflichtende Beratung²⁸ oder Therapie²⁹, teilweise ärztliche Behandlung³⁰, Medikamenteneinnahme³¹, Verzicht auf Suchtmittel³², z.T. Verhaltensanweisungen³³, verpflichtenden Kontrollen³⁴, vereinzelt inkl. der Ermächtigung, die Wohnung zu betreten³⁵, oder Bestimmungen über den Aufenthalt bzw. Rayonverbote³⁶. Diese kantonale offene Vielfalt kann durchaus problematisch sein. Kindes- und Erwachsenenschutz ist auf schutzbedürftige Personen ausgerichtet, die an einem Schwächezustand leiden. Der fürsorgerische bzw. sozialrechtliche Fokus steht im Mittelpunkt. Die Abgrenzung zu polizeilichen und sicherheitspolitischen Interessen ist mitunter schwierig³⁷, aber entscheidend, damit das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht nicht der Um-erziehung und Disziplinierung von gesellschaftlich nicht erwünschtem Verhalten dient³⁸. Letztere sind aber weder unter «Betreuung» noch unter «Behandlung» und somit auch nicht im Rahmen der Nachbetreuung vorgesehen. Vielmehr geht es um sämtliche zur FU subsidiären Massnahmen, sei das der freiwillige Aufenthalt in einer stationären Einrichtung, seien das ambulante Massnahmen wie die Weisung, eine Beratung in Anspruch zu nehmen, sei dies die Anordnung einer Beistandschaft oder gesetzliche Vertretungsrechte, die ausreichend sind. Betrachtet man diese Massnahmen, so handelt es sich dabei vorab um Weisungen, deren zwangsweise Vollstreckung in der Regel wohl weder verhältnismässig noch praktikabel sind³⁹, auch wenn einzelne Kantone eine solche explizit vorsehen⁴⁰. Einzelne Kantone verneinen demgegenüber die zwangsweise Vollstreckung explizit⁴¹ oder sie verweisen

²¹ Vgl. insb. PETER MÖSCH PAYOT, in: Daniel Rosch/Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Basel 2011, Art. 383–385 N 7; PETER BREITSCHMID, in: Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), *Personen- und Familienrecht, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 2. A., Zürich 2012, Art. 383 N 9.

²² GUILLOD (FN 11), Art. 437 N 8; CHRISTOF BERNHART, *Handbuch der fürsorgerischen Unterbringung*, Basel 2011, Rz. 786.

²³ Z.B. AG, BS, SO, ZG.

²⁴ Siehe hinten VI.; in Betracht zu ziehen ist aber auch der Umstand, dass ambulante präventive Massnahmen hier erwähnt werden (wie im Folgenden ausgeführt wird).

²⁵ ROSCH (FN 3), Art. 437 N 2.

²⁶ THOMAS GEISER/MARIO ETZENSBERGER, in: Thomas Geiser/Ruth E. Reusser (Hrsg.), *Basler Kommentar, Erwachsenenschutzrecht*, Basel 2011, Art. 437 N 3.

²⁷ Botschaft (FN 12), 7071.

²⁸ Z.B. AG, AI, BL, BS, GR, LU, OW, SG, SH, SO, SZ, UR.

²⁹ Z.B. AG, AI, BL, BS, FR, GR, LU, NW, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, UR, VS, ZG.

³⁰ Z.B. BE, BL, BS, FR, GL, GR, LU, OW, SO, TG, ZG, ZH.

³¹ Z.B. AG, AI, BL, BE, FR, GL, NW, OW, SG, SH, SZ, TH, UR, VS, ZH.

³² Z.B. AG, AI, BL, GL, GR, LU, OW, SG, SH, SO, SZ, UR.

³³ Z.B. BE, FR, GL, GR, SO, TG, VS, ZH.

³⁴ Z.B. Alkoholtests: AG, AI, BL, BE, GL, GR, SO.

³⁵ Z.B. AR, AI, LU, OW, SG, SH, SZ.

³⁶ SH, ZH.

³⁷ Diese Trennung scheint dem Bundesgericht zuweilen sogar sehr schwierig zu fallen, wie der Entscheid BGer vom 5.9.2012 A_607/2012 aufzeigt.

³⁸ G.L.M. FASSBIND (FN 3), 347 in Bezug auf Verhaltensanweisungen; vgl. auch KOKES (Hrsg.), *Praxisanleitung Erwachsenenschutz*, Zürich/St. Gallen 2012, Rz. 1.8.

³⁹ G.L.M. GUILLOD (FN 11), Art. 437 N 15, 17; vgl. auch RENÉ BRIDLER/JÜRIG GASSMANN, *Ambulante Zwangsbehandlungen?*, Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz, 2011, 1 ff.

⁴⁰ So TG, SH.

⁴¹ Z.B. AG (aber mit der Möglichkeit der polizeilichen Zuführung), BE, SG, ZG.

auf die neuerliche Prüfung der FU⁴². Damit bieten diese Weisungen vorab ein subsidiäres Druckinstrument und dienen der Kontrolle und Beaufsichtigung⁴³. Die Kantone müssen aber eine gerichtliche Überprüfungsöglichkeit mit voller Kognition gewährleisten⁴⁴.

Somit können sowohl ambulante (präventive) Massnahmen als auch Massnahmen der Nachbetreuung medizinische Massnahmen sein. Zentrale Fragestellung ist hier, ob die Personen während ihrer Behandlung des (stützenden oder schützenden) Rahmens der Einrichtung bedürfen oder ob dies auch ausserhalb der Klinik möglich ist. Das hängt mitunter von der Häufigkeit der Verabreichung von Medikamenten bzw. der Kontrollen, aber auch von den medizinischen und tatsächlichen Folgen der Behandlung ab.

V. FU und Patientenverfügung

Patientenverfügungen sind gemäss Art. 372 Abs. 2 ZGB für den behandelnden Arzt bzw. die behandelnde Ärztin grundsätzlich verbindlich. Art. 433 Abs. 3 ZGB sieht demgegenüber vor, dass im Rahmen einer medizinischen Behandlung bei einer psychischen Störung eine allfällige Patientenverfügung zu berücksichtigen ist. Damit wird das Sonderstatusverhältnis bzw. das besondere Rechtsverhältnis mit den damit verbundenen Schutz- und Fürsorgepflichten offenbar. Der Staat hat die mit der Freiheitsbeschränkung einhergehenden Auswirkungen soweit als möglich mittels gezielter Schutz- und Fürsorgeleistungen auszugleichen oder für den Betroffenen bzw. die Betroffene erträglicher zu machen⁴⁵. Vor diesem Hintergrund hat sich der Gesetzgeber entschieden, die Patientenverfügung im Rahmen einer FU als weniger verbindlich zu betrachten als im übrigen Bereich⁴⁶. Meines Erachtens ist eine rechtsgültig abgefasste Patientenverfügung wenn immer möglich als verbindlich zu betrachten, mit Ausnahme von Rechtfertigungsgründen und Notfallsituationen gemäss

Art. 435 ZGB⁴⁷. Sobald sich aber die urteilsunfähige Person wehrt, ist davon auszugehen, dass die Patientenverfügung nicht mehr dem aktuellen Interesse entspricht⁴⁸; es bedarf einer chefärztlichen Anordnung gemäss Art. 434 ZGB, weil eine Patientenverfügung nicht die zwangsweise Vollstreckung beinhaltet⁴⁹. Der Patientenverfügung gleichgestellt dürften die im Rahmen des Austrittsgesprächs vereinbarten Behandlungsgrundsätze gemäss Art. 436 ZGB sein, soweit diese noch dem aktuellen und mutmasslichen Willen entsprechen und ausreichend konkret für die aktuelle Behandlung sind. Dies dürfte aber nur selten der Fall sein. Abgesehen von diesen beiden Instrumenten ist kein anderes Zustimmungssurrogat – insbesondere auch nicht der mutmassliche Wille – zulässig, weil in solchen Fällen die Sonderregelung des Art. 434 ZGB greift⁵⁰. Das revidierte Recht ist bestrebt, den mutmasslichen Willen bei medizinischen Massnahmen einzugrenzen, was der Rechtssicherheit und Praktikabilität dienen soll⁵¹. Davon zeugt insbesondere die Kaskade gemäss Art. 378 ZGB. Mit diesem Bestreben ist es nicht kompatibel, in einem zentralen Bereich, ohne expliziten Verweis im Gesetz, den mutmasslichen Willen zwischen Patientenverfügung und chefärztlicher Anordnung wiederum aufleben zu lassen.

VI. FU und allgemeine Vertretungsrechte⁵²

Die weitaus komplexeste Abgrenzung stellt, soweit ersichtlich, die Schnitt- und Nahtstelle der medizinischen

⁴² Z.B. BL, BS, GR.

⁴³ FASSBIND (FN 3), 346 ff.

⁴⁴ GEISER/ETZENBERGER (FN 26), Art. 437 N 13.

⁴⁵ ROSCH (FN 3), Art. 433–435 N 7 m.w.H.

⁴⁶ Der Text in der Botschaft ist nicht unproblematisch, verweist er doch in paternalistischem Ton darauf, dass nicht «eine sinnvolle Behandlung vereitelt werden» darf (Botschaft [FN 12], 7068), was zumindest in einem Spannungsverhältnis zu Art. 9 der Biomedizin-Konvention steht (kritisch hierzu auch: ROLAND FANKHAUSER, Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Urteilsunfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzrechts, BJM 2010, 240 ff., 254).

⁴⁷ G.L.M. GUILLOD (FN 11), Art. 433 N 29; zurückhaltender: GEISER/ETZENBERGER (FN 26), Art. 433 N 16, z.T. a.M. Botschaft (FN 12), 7068.

⁴⁸ Ähnlich: CARMEN LADINA WIDMER-BLUM, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Zürich 2010, 186; a.M. HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. A., Bern 2010, Rz. 20.47, welche vorsehen, dass nur beachtlich ist, wenn das «sich-Widersetzen» ein Ausdruck des Willens ist. Eine andere Frage ist aber m.E., wer dann zwangsweise vollstrecken darf (siehe hierzu VI.2.).

⁴⁹ Vgl. VI.2.

⁵⁰ G.L.M. MEIER/LUKIC (FN 12), Rz. 720; GUILLOD (FN 11), Art. 433 N 27; PETER BREITSCHMID/ISABEL MATT, in: Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), Personen- und Familienrecht, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012, Art. 434 N 1; a.M. GEISER/ETZENBERGER (FN 26), Art. 434/435 N 8, 10.

⁵¹ Botschaft (FN 12), 7036.

⁵² Für die anregenden und erhellenden Diskussionen zu diesem Abschnitt bedanke ich mich bei meinen Kollegen Jürg Gassmann, Prof. Dr. Thomas Geiser, Prof. Dr. Philipp Meier, Prof. (FH) Peter Mösch Payot und Urs Vogel.

Massnahmen der FU zu den allgemeinen Vertretungsrechten bei Urteilsunfähigen der Art. 377 ff. ZGB dar. Das kommt insbesondere daher, dass der Gesetzgeber – wie vorne erwähnt und ausgeführt – im Rahmen der FU zu einseitig die psychiatrischen Kliniken vor Augen gehabt hat. Die einseitige Fokussierung der medizinischen Massnahmen im Rahmen einer FU auf psychische Störungen bringt eine Vielzahl von Folgefragen mit sich, wie beispielsweise: Kann eine geistig behinderte, per FU eingewiesene Person auch in einem Pflegeheim behandelt werden? Wie sieht es aus, wenn eine unter FU stehende Person aufgrund ihres Wahnsystems eine somatische Behandlung verweigert? Wo wird die Grenzziehung des schon seit Jahrhunderten bestehenden Dualismus von psychischer und somatischer Erkrankung vorgenommen?

1. Koordinationsnorm des Art. 380 ZGB

Eine FU wird notwendig, wenn die Bestimmung über den Aufenthalt gegen den Willen einer schutzbedürftigen Person zur notwendigen Betreuung oder Behandlung verhältnismässig ist⁵³. Die Voraussetzungen zur Behandlung im Rahmen der FU wurden unter Abschnitt III. erläutert. Demgegenüber finden sich für die Behandlung von Urteilsunfähigen in Art. 377 ff. ZGB bereits allgemeine Vertretungsregeln. Bei Art. 377 ff. ZGB wird die Behandlung nicht auf psychische Störungen eingegrenzt. Es sind somit alle medizinischen Behandlungen darunter zu verstehen. Art. 433 ff. ZGB ist demgegenüber einschränkender und bezieht sich nur auf psychische Störungen im Rahmen einer FU. Damit schafft man im Rahmen einer FU bei psychischer Störung ein Sonderrecht⁵⁴. Art. 433 ff. ZGB ist somit *lex specialis* zu Art. 377 ff. ZGB⁵⁵. Art. 380 ZGB koordiniert die allgemeinen Vertretungsrechte gemäss Art. 377 ff. ZGB mit den medizinischen Massnahmen gemäss Art. 433 ff. ZGB⁵⁶. Art. 380 ZGB sieht vor, dass sich die Behandlung einer psychischen Störung in einer psychiatrischen Klinik nach den Bestimmungen der FU

richtet. Bei einer Behandlung einer psychischen Störung wird deshalb eine FU angeordnet⁵⁷. Art. 380 ZGB korreliert mit Art. 433 ff. ZGB. Dieser Artikel spricht nicht von «Einrichtungen», sondern von psychiatrischen Kliniken und auch von psychischer Störung. Das entspricht dem in Art. 435 ZGB vorgesehenen «Chefarzt», der Massnahmen ohne Zustimmungen in der Klinik anordnet, und eben nicht in der «Einrichtung». Zugleich geht es in beiden Normen um urteilsunfähige Personen. Geht man vom Wortsinn der Norm aus, so beinhaltet Art. 380 ZGB eine doppelte Voraussetzung für die Anwendung der Bestimmungen der FU: 1. Eine urteilsunfähige Person, die an einer psychischen Störung leidet und behandelt werden muss, und 2. sich in einer psychiatrischen Klinik aufhält. Nur wenn diese beiden Voraussetzungen gegeben sind, kommen Art. 434 f. ZGB zur Anwendung. Ansonsten gelten die Regeln von Art. 377 ff. ZGB⁵⁸. Mit dieser Koordination wird die Anwendung des Art. 433 ff. ZGB auf psychiatrische Kliniken beschränkt, was aber dem Fokus des Gesetzgebers entspricht. Dies bedeutet konkret,

- dass die Behandlung einer eingewiesenen Person mit somatischer Erkrankung nach den allgemeineren Vertretungsrechten des Art. 377 ff. ZGB erfolgt⁵⁹;
- dass auch die medizinische Behandlung einer eingewiesenen Person ausserhalb einer psychiatrischen Klinik nach den allgemeinen Vertretungsrechten des Art. 377 ff. ZGB erfolgt. Dies gilt selbst für Personen mit psychischen Störungen, die aber nicht in einer psychiatrischen Klinik behandelt werden.

Damit stellt sich zugleich die Frage nach der Definition der psychiatrischen Klinik. Hier sind m. E. wiederum mit Blick auf die beiden Normenkomplexe koordinierend einerseits die Behandlung einer psychischen Störung, welche andererseits in einer Einrichtung mit Chefärzten erfolgt, als zwei wesentliche Elemente einer möglichen Definition in Betracht zu ziehen.

Aus der Koordination der Vertretungsrechte mit den medizinischen Massnahmen im Rahmen einer FU folgt umgekehrt, dass Art. 433 ff. ZGB nur bei einer Behandlung von psychischen Störungen im Rahmen einer psy-

⁵³ Vgl. ROSCH (FN 3), Art. 426 N 14; GEISER/ETZENSBERGER (FN 26), Art. 426 N 29.

⁵⁴ ROSCH (FN 3), Art. 426 N 14; BREITSCHMID/MATT (FN 50), Art. 426 N 1; LAURA AMEY/RACHEL CHRISTINAT, *Le Placement à des fins d'assistance*, in: Olivier Guillod/François Bohnet, *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Basel 2012, N 77 ff.; kritisch hierzu auch: GEISER/ETZENSBERGER (FN 26), Art. 426 N 5 i.f., Art. 434/435 N 6 und FANKHAUSER (FN 46), 254.

⁵⁵ DANIEL ROSCH, «Die fürsorgliche Unterbringung im revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrecht», AJP/PJA 2011, 509; ähnlich FANKHAUSER (FN 46), 254; a.M. GEISER/ETZENSBERGER (FN 26), Art. 434/435 N 11.

⁵⁶ Botschaft (FN 12), 7037 f.

⁵⁷ SCHMID (FN 20), Art. 380 N 2; FASSBIND (FN 3), Art. 380 N 2; THOMAS EICHENBERGER/THERES KOHLER, in: Thomas Geiser/Ruth E. Reusser (Hrsg.), *Basler Kommentar, Erwachsenenschutzrecht*, Basel 2011, Art. 380 N 2; vgl. kritisch OLIVIER GUILLOD/AGNES HERTIG PEA, in: Andrea Büchler/Christoph Häfeli/Audrey Leuba/Martin Stettler (Hrsg.), *Kommentar Erwachsenenschutz*, Bern 2013, Art. 380 N 2 ff.

⁵⁸ Siehe auch ROSCH (FN 55), 509 f.

⁵⁹ G.L.M. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 48), Rz. 20.67; ROSCH (FN 3), Art. 426 N 14 f.; EICHENBERGER/KOHLER (FN 57), Art. 380 N 2; GUILLOD (FN 11), Art. 426 N 56, Art. 433 N 10.

chiatrischen Klinik anwendbar sind. Damit muss in der psychiatrischen Klinik mit zwei Regimes gearbeitet werden, wohingegen ausserhalb der Klinik unabhängig von der Frage einer FU immer nur die Vertretungsrechte gemäss Art. 377 ff. ZGB zum Tragen kommen. Soweit eine medizinische Behandlung ausserhalb einer Klinik zum Tragen kommt, sind m.E. Art. 436 f. ZGB sinngemäss anwendbar. Hintergrund dafür ist die unklare systematische Einordnung⁶⁰. Letzten Endes handelt es sich bei den Begrifflichkeiten der «psychiatrischen Klinik», des «Chefarztes» und der «psychischen Störung» jedoch um bundesrechtliche Begriffe, die vom Bundesgericht ausgelegt und definiert werden müssen.

2. Zustimmung auch zur zwangsweisen Vollstreckung?

Mit Art. 434 ZGB überträgt der Gesetzgeber dem Chefarzt hoheitliche Befugnisse. Dieser verfügt anstelle des Staates medizinische Massnahmen und kann sie gemäss Art. 450g ZGB auch direkt und zwangsweise vollstrecken lassen. Mit der Koordinationsnorm des Art. 380 ZGB wird der Anwendungsbereich wie erwähnt auf psychiatrische Kliniken beschränkt. Damit werden umgekehrt die Vertretungsrechte gemäss Art. 377 ff. ZGB auch im Rahmen einer FU häufiger angewendet. Soweit im Rahmen einer FU medizinischen Massnahmen gemäss Art. 377 ff. ZGB zugestimmt wird, stellt sich die Frage, ob diese Zustimmung auch die zwangsweise Vollstreckung beinhaltet. Wenn Angehörige gemäss der Kaskade von Art. 378 ZGB die Zustimmung zu einer medizinischen Massnahme erteilen, kann die medizinische Massnahme umgesetzt werden. Sehr fraglich ist hier aber, ob dabei auch zwangsweise vollstreckt werden kann: Wenn beispielsweise einer urteilsunfähigen Person ein Medikament verabreicht werden muss, die vertretungsberechtigte Tochter gemäss Art. 378 Abs. 1 Ziff. 5 ZGB zwar zustimmt, die urteilsunfähige Person jedoch den Mund zusammenpresst und das Medikament nicht einnehmen will? Selbstverständlich kann man argumentieren, dass eine urteilsunfähige Person keinen Willen äussern kann und dementsprechend diese Willenskundgebung unbeachtlich ist⁶¹. Die andere

und m.E. weitaus relevantere Frage ist, ob dadurch jemand, z.B. der Arzt bzw. die Ärztin, legitimiert wird, das Medikament unter Anwendung von körperlichem Zwang zu verabreichen. Üblicherweise ist das Zwangsmonopol beim Staat angesiedelt. Dort, wo er Zwang ausübt, finden sich klare und bestimmte Regelungen. Darauf ist gerade im revidierten Recht besonders geachtet worden: Bei der FU werden die Voraussetzungen und Rahmenbedingungen für die Bestimmung des Aufenthaltes gegen den Willen einer Person, notabene auch einer urteilsunfähigen Person, genau umschrieben, bei den medizinischen Massnahmen einer in einer psychiatrischen Klinik eingewiesenen Person, die an einer psychischen Störung leidet, finden sich eng umschriebene Voraussetzungen einer Medikation ohne Zustimmung, bei bewegungseinschränkenden Massnahmen von Urteilsunfähigen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen verhält es sich gleich etc. Bei den Vertretungsrechten des Art. 377 ff. ZGB werden demgegenüber keine solchen zwangsweisen Vollstreckungsmassnahmen genannt. Gleichzeitig finden sich auch in der Botschaft keine Anhaltspunkte für ein bewusstes Schweigen des Gesetzgebers. Angehörige und Nachkommen können m.E. keine Zustimmung zu einer zwangsweisen Vollstreckung geben, da diese Form der Vollstreckung exklusiv dem Staat zusteht. Die vertretungsberechtigten Personen sind auch nicht hoheitlich eingesetzt, da die Vertretungsrechte bei Urteilsunfähigen auch materiellrechtlich auf dem Boden des Privatrechts stehen. Dies ergibt sich auch aus der Haftungsregelung gemäss Art. 456 ZGB.

Angehörige können somit nicht die Zustimmung zur zwangsweisen Vollstreckung erteilen. Damit stellt sich die weitere Frage, wer an ihrer Stelle dazu befugt ist. Zu prüfen ist hier zunächst einmal die allgemeine Vollstreckungsnorm des Art. 450g ZGB, wonach die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde die Entscheide vollstreckt, soweit sie verhältnismässig sind. Das hätte den Vorteil, dass die Fachbehörde sich des Vollstreckungsentscheides annimmt. Demgegenüber ist die stellvertretende Zustimmung zu einer medizinischen Massnahme kein Sachentscheid eines hoheitlichen bzw. staatlichen Organs⁶². Die KESB könnte somit die Zustimmung nur im Rahmen ihrer Einschreitungskompetenz gemäss Art. 381 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB entgegen nehmen und einen Vertretungsbeistand einsetzen oder gemäss Art. 392 Ziff. 1 ZGB direkt entscheiden und zwangsweise vollstrecken lassen. Diese um-

⁶⁰ Art. 436 ZGB spricht von Austritt, was nicht in jedem Fall mit Ende der Behandlung zusammenfallen muss; ein Gespräch sollte aber im Sinne einer qualitätsorientierten Medizin nach jeder Behandlungsphase ohne Zustimmung im Sinne einer Nachbesprechung erfolgen (vgl. ROSCH [FN 3], Art. 436 N 1). Gleiches gilt für die Nachbetreuung nach einer FU, bei welcher der Fokus auf der Beendigung der FU und nicht zwingend auf der medizinischen Behandlung liegen muss.

⁶¹ Siehe HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 48), Rz. 20.47.

⁶² Vgl. KURT AFFOLTER, in: Thomas Geiser/Ruth E. Reusser (Hrsg.), Erwachsenenschutz, Basler Kommentar, Basel 2012, Art. 450g N 45.

ständige Konstruktion der Vollstreckung deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber diese Lücke nicht gesehen hat. Zudem zeigt sie auch auf, dass die Voraussetzungen der zwangsweisen Vollstreckung in Art. 450g ZGB im Unterschied zu den anderen zwangsweisen Vollstreckungsmöglichkeiten im Rahmen des revidierten Rechts nicht genannt sind, was durchaus rechtsstaatliche Zweifel aufkommen lässt. Dies wiederum würde bedeuten, dass die Frage der zwangsweisen Vollstreckung der Vertretungsrechte gemäss Art. 377 ff. ZGB dem kantonalen Recht überlassen wird⁶³. Damit schafft man aber – ähnlich wie bei der alten FFE-Bestimmung – unterschiedliche kantonale Lösungen, die aufgrund der gleichen Interessenlage der Betroffenen kaum föderalistisch zu rechtfertigen sind. Wenn man davon ausgeht, dass hier kantonales Recht zur Anwendung gelangt, so sind sinnvollerweise dieselben Voraussetzungen und derselbe Rechtsschutz wie bei der FU *de lege lata* im kantonalen Recht vorzusehen, um erneute zusätzliche Schnitt- und Nahtstellen zu vermeiden.

VII. Medizinische Massnahmen de lege ferenda

Die vorangehenden Überlegungen zeigen, dass die Schwierigkeiten betreffend die medizinischen Massnahmen im neuen Erwachsenenschutz wenig befriedigend gelöst worden sind. Dies gilt insbesondere bezüglich der Vollstreckung von Art. 377 ff. ZGB, aber auch des erneuten Auflebenlassens des Psyche-Soma-Dualismus, der kaum zu rechtfertigenden Unterschiede zwischen medizinischen Massnahmen in psychiatrischen Kliniken und ausserhalb von psychiatrischen Kliniken bei FU, der nicht verbindlichen Patientenverfügung, der mangelnden Vollstreckung bei der Patientenverfügung etc.

Aktuell werden bereits drei Bereiche des neuen Erwachsenenschutzrechtes revidiert. Neben der Abschaffung des sog. «Amtszwanges» gemäss Art. 400 Abs. 2 ZGB⁶⁴ und der Revision der Meldepflichten⁶⁵ wird auch die Publikation der Massnahmen im Schuld- und Betreibungsregister⁶⁶ im Parlament diskutiert. Dementsprechend erscheint es legitim, auch die medizinischen Massnahmen erneut zu überprüfen. Das würde m.E. skizzenhaft Folgendes bedeuten:

- Abschaffung der chefärztlichen Anordnung des Art. 434 ZGB und Verweis auf die Regelung bei medizinischen Massnahmen bei Urteilsunfähigen;
- bundesrechtlich abschliessende und einheitliche Regelung der zwangsweisen Vollstreckung;
- Gewährleistung eines einheitlichen und raschen Rechtsschutzes bei zwangsweiser Vollstreckung⁶⁷.

⁶³ So das zürcherische Patientengesetz gemäss § 24 ff.

⁶⁴ Parlamentarische Initiative *Jean Christoph Schwaab*, 12.413.

⁶⁵ Motion *Josiane Aubert* 08.3790, AmtlBull StR 2010, 1025.

⁶⁶ Parlamentarische Initiative *Rudolf Joder*, 11.449.

⁶⁷ Weitere Bereiche, welche in diesem Rahmen in eine Revision miteinbezogen werden könnten, weil sie in der Praxis vielfältige rechtliche Fragen aufwerfen, sind die Regelung der Informationsflüsse und des Zusammenspiels mit Geheimnispflichten, insbesondere des Berufsgeheimnisses gemäss Art. 321 StGB, aber auch die genauere Regelung der Notfallsituationen gegenüber urteilsfähigen Patienten bzw. Patientinnen im Sinne einer abschliessenden bundesrechtlichen Regelung.