

# Die fürsorgliche Unterbringung im revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrecht



**DANIEL ROSCH**  
Prof. (FH), lic. iur./dipl.  
Sozialarbeiter FH / MAS in  
Nonprofit-Management,  
Hochschule Luzern –  
Soziale Arbeit

## Inhaltsübersicht

1. Von der fürsorglichen Freiheitsentziehung (FFE) zur fürsorglichen Unterbringung (FU)
2. Voraussetzungen der fürsorglichen Unterbringung (nArt. 426 Abs. 1 ZGB)
  - 2.1. Die Adressatin der FU
  - 2.2. Die Schwächezustände
  - 2.3. Die Schutzbedürftigkeit
  - 2.4. Die Einrichtung
3. Sachliche Zuständigkeit (nArt. 428 ff. ZGB)
4. Entlassungsvoraussetzungen (nArt. 426 Abs. 3 ZGB) und periodische Überprüfung (nArt. 431 ZGB)
5. Behandlung
  - 5.1. Behandlung und Vertretungsrechte
  - 5.2. Behandlungsplan
  - 5.3. Behandlung psychischer Störung in psychiatrischer Klinik (nArt. 433 ff. ZGB)
    - 5.3.1. Behandlung ohne Zustimmung
      - 5.3.1.1. Gefahrensituation
      - 5.3.1.2. Urteilsunfähigkeit bezüglich der Behandlungsbedürftigkeit
      - 5.3.1.3. Verhältnismässigkeit
    - 5.3.2. Austrittsgespräch (nArt. 436 ZGB)
    - 5.3.3. Die Nachbetreuung (nArt. 437 ZGB)
  - 5.4. Notfallsituationen (nArt. 435/nArt. 379 ZGB)
  - 5.5. Beschränkung der Bewegungsfreiheit (nArt. 438 ZGB)
  - 5.6. Vertrauensperson (nArt. 432 ZGB)
6. Rechtsmittelverfahren (nArt. 439, nArt. 450 ZGB)
7. Die fürsorgliche Unterbringung im Kinderschutzrecht
  - 7.1. Medizinische Massnahmen
  - 7.2. Beschränkung der Bewegungsfreiheit (nArt. 338 ZGB)
  - 7.3. Periodische Überprüfung (nArt. 431 ZGB)
8. Fazit und Ausblick

## 1. Von der fürsorglichen Freiheitsentziehung (FFE) zur fürsorglichen Unterbringung (FU)

Die Bestimmungen über die fürsorgliche Freiheitsentziehung (FFE) sind im Vergleich zum übrigen Vormundschaftsrecht relativ jung. Sie traten am 1.1.1981 in Kraft und ermöglichten eine EMRK-konforme Regelung der bis dahin geltenden kantonalen administrativen Versorgungsgesetze<sup>1</sup>. Die FFE ist im Unterschied zu den Beistandschaften des revidierten Rechts und der Beiratschaften, Beistandschaften und Vormundschaften des geltenden Rechts eine nicht amtsgebundene Massnahme, die – ähnlich der künftigen Begleitbeistandschaft (nArt. 393 ZGB)<sup>2</sup> – ausschliesslich auf Personensorge<sup>3</sup> ausgerichtet ist<sup>4</sup>. Gemäss der Auffassung des Gesetzgebers, der Expertengruppe und -kommission haben sich die Tatbestandsvoraussetzungen der FFE im Wesentlichen bewährt. Deshalb beabsichtigte man, die Voraussetzungen der fürsorglichen Unterbringung (FU) nahe an diejenigen der bisherigen FFE festzulegen<sup>5</sup>. Neu wurden die bisherige stigmatisierende Terminologie (Geistesschwäche, Geisteskrankheit und Trunksucht) angepasst und der Anwendungsbereich teilweise erweitert<sup>6</sup>.

Die FU des revidierten Rechts meint im weiteren Sinne die Bestimmung über den Aufenthalt gegen den (auch mut-

<sup>1</sup> Basler Kommentar, ZGB I-THOMAS GEISER, 4. A., Basel 2010, Vor Art. 397a–f N 1 ff.; EUGEN SPIRIG, Zürcher Kommentar, Zürich 1995, Vor Art. 397a–f ZGB N 1 ff.

<sup>2</sup> Zur Personensorge bei der Begleitbeistandschaft und den übrigen amtsgebundenen Massnahmen: DANIEL ROSCH, Die Begleitbeistandschaft – per aspera ad astra?, in: FamPra.ch 2010, 282 ff., 286 ff.

<sup>3</sup> Personensorge ist innerhalb der Trias Vermögenssorge, Personensorge und Vertretung dasjenige Element, das auf die persönliche Betreuung und Beratung ausgerichtet ist.

<sup>4</sup> BERNHARD SCHNYDER, Die fürsorgliche Freiheitsentziehung als Teil des schweizerischen Vormundschaftsrechts, in: ZVW 1980, 126 ff., 130 ff.; BBl 1977 III 6; HERMANN SCHMID, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Zürich 2010, Art. 426 N 5.

<sup>5</sup> Bericht der vom Bundesamt für Justiz im Hinblick auf die Revision des Vormundschaftsrechts eingesetzten Expertengruppe zur Revision des Schweizerischen Vormundschaftsrechts vom Juli 1995 (zit. BerichtExpK Erwachsenenschutz 95), 116; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006 in BBl 06.063 (zit. Botschaft Erwachsenenschutz), 7062.

<sup>6</sup> BERNARD ABRECHT, Les conditions du placement à des fins d'assistance, in: ZVW 2003, 338 ff.

masslichen oder hypothetischen) Willen einer Person mit dem Ziel der Personensorge (FU im engeren Sinne) sowie die mit dem Aufenthalt verbundene Betreuung und/oder Behandlung<sup>7</sup>. Eine FU i.e.S. ist möglich einerseits gegen den Willen eines oder einer Urteilsfähigen oder aber gegen den mutmasslichen Willen eines oder einer Urteilsunfähigen, sofern er oder sie einmal urteilsfähig war (substituted judgement standard), oder aber gegen den hypothetischen Willen eines oder einer Urteilsunfähigen, sofern er oder sie seit Geburt dauernd urteilsunfähig ist (best interest standard)<sup>8</sup>, sofern jeweils die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen der FU erfüllt sind. Zweck ist jeweils die Wiedererlangung der Selbstständigkeit und der Selbstverantwortung<sup>9</sup>. Neu ist im Vergleich zum bisherigen Recht, dass mit der FU – mit Ausnahme von erforderlichen medizinischen Massnahmen zur Vollstreckung der Unterbringung<sup>10</sup> – nicht nur Betreuung möglich ist, sondern auch medizinische Behandlung<sup>11</sup>. Ferner sind die Zurückbehaltung (nArt. 427 ZGB) und die Unterbringung zum Zwecke der Begutachtung (nArt. 449 ZGB) separat geregelt.

## 2. Voraussetzungen der fürsorgerischen Unterbringung (nArt. 426 Abs. 1 ZGB)

### 2.1. Die Adressatin der FU

Im Gegensatz zum geltenden Art. 397a ZGB nennt nArt. 426 ZGB nicht mehr die mündige oder entmündigte Person als Adressatin der FU, sondern ausschliesslich eine natürliche Person. Dazu gehören nun auch Minderjährige gemäss nArt. 314b ZGB, bei denen im Rahmen einer Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung oder einer psychiatrischen Klinik die Bestimmungen der FU sinngemäss Anwendung finden. Damit wird im Unterschied zum geltenden Art. 314a Abs. 1 ZGB nicht mehr auf das Verfahren und die gerichtliche Beurteilung der FFE verwiesen, vielmehr werden die Bestimmungen der FU materiell zur Anwendung gebracht. Die FU ist ferner unabhängig von der Urteilsfähigkeit

der betroffenen Person anzuordnen<sup>12</sup>; ausschlaggebend sind der Schwächezustand und die Schutzbedürftigkeit.

### 2.2. Die Schwächezustände

Die im Gesetz abschliessend aufgezählten Schwächezustände sind die psychische Störung, die geistige Behinderung und die schwere Verwahrlosung. Geistige Behinderung meint «angeborene oder erworbene Intelligenzdefekte verschiedener Schweregrade», psychische Störung «umfasst die anerkannten Krankheitsbilder der Psychiatrie»<sup>13</sup>, unabhängig davon, ob sie körperliche oder nicht körperliche Ursachen haben. Dazu gehören auch Demenz und Suchterkrankungen<sup>14</sup>. Die schwere Verwahrlosung hat ins neue Recht wiederum Eingang gefunden, obwohl die Voraussetzungen dafür schon im geltenden Recht umstritten waren und insbesondere das Verhältnis zur Landstreicherei des Art. 5 EMRK ungeklärt verblieb<sup>15</sup>. Schwere Verwahrlosung wird gemäss gängiger Definition als Zustand der Verkommenheit umschrieben, der mit der Menschenwürde schlechterdings nicht mehr vereinbar ist<sup>16</sup>.

Die neuen Begriffe (psychische Störung, geistige Behinderung, schwere Verwahrlosung) sind weiterhin Rechtsbegriffe und unterliegen im Grundsatz der Definitionsmacht und Auslegungshoheit der Jurisprudenz<sup>17</sup>. Wo die Begrifflichkeiten jedoch mit der medizinischen Terminologie übereinstimmen, wie bei der psychischen Störung und der geistigen Behinderung<sup>18</sup>, muss die rechtsanwendende Instanz daran gebunden sein<sup>19</sup>.

### 2.3. Die Schutzbedürftigkeit

Der Schwächezustand muss gemäss nArt. 426 Abs. 1 ZGB derart ausgeprägt sein, dass eine notwendige Betreuung oder Behandlung nur durch eine Unterbringung erfolgen kann. Aufgrund dieses relativ weitreichenden Ermessensspielraums der rechtsanwendenden Instanzen kommt der Verhältnismässigkeitsprüfung im Rahmen der FU entscheidende

<sup>7</sup> DANIEL ROSCH, in: Daniel Rosch/Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.): Das neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB, Basel 2011, Art. 426 N 14.

<sup>8</sup> Zur Unterscheidung zwischen hypothetischem und mutmasslichem Willen, eingehend: MARGOT MICHEL, Rechte von Kindern in medizinischen Heilbehandlungen, Diss. Zürich 2009, 120 ff., 149 ff. m.w.H.; RAPHAËL HAAS, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Diss. Luzern 2007, 311 ff.

<sup>9</sup> BSK ZGB I-GEISER (FN 1), Vor Art. 397a–f N 9.

<sup>10</sup> BSK ZGB I-GEISER (FN 1), Vor Art. 397a N 7; BGE 121 III 208 E. 2b.

<sup>11</sup> ROSCH (FN 7), Art. 426 N 2.

<sup>12</sup> BerichtExpK Erwachsenenschutz (FN 5), 95, 117.

<sup>13</sup> Botschaft Erwachsenenschutz (FN 5), 7043.

<sup>14</sup> Ausführlich im Bericht der Expertenkommission für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches vom Juni 2003 (zit. BerichtExpK Erwachsenenschutz 03), 32.

<sup>15</sup> BSK ZGB I-GEISER (FN 1), Art. 397a N 10, ZK-SPIRIG (FN 1), Art. 397a ZGB N 90 ff.; ABRECHT (FN 6), 341.

<sup>16</sup> BGE 128 II 12 E. 3; BBl 1977 III 25.

<sup>17</sup> Zum geltenden Recht ZK-AUGUST EGGER, Zürich 1948, Art. 369 ZGB N 35; BK-BERNHARD SCHNYDER/ERWIN MURER, Bern 1984, Art. 369 ZGB N 26 ff.; BGer vom 12.10.2009, 5a.602/2009 E. 2.

<sup>18</sup> Botschaft Erwachsenenschutz (FN 5), 7043.

<sup>19</sup> ROSCH (FN 7), Art. 390 N 2.

Funktion zu<sup>20</sup>: Eine Massnahme muss das mit ihr verfolgte Ziel erreichen können, und es muss auch eine geeignete Einrichtung vorhanden sein. Ferner sind sämtliche weniger weit in die Rechtsstellung der betroffenen Person eingreifenden Massnahmen auf ihre Zwecktauglichkeit zu prüfen. Letzten Endes ist es aber die Prüfung der Zumutbarkeit, des Verhältnisses zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung, welche die FU de facto auf schwerwiegende und/oder akute Situationen beschränkt<sup>21</sup>.

## 2.4. Die Einrichtung

Die FU bezieht sich auf stationäre Einrichtungen<sup>22</sup>. Der Begriff der Einrichtung ist weit auszulegen<sup>23</sup>: Hierzu gehören neben geschlossenen Einrichtungen auch Alters- und Pflegeeinrichtungen ohne geschlossene Abteilungen, worin keine freiheitsentziehenden Massnahmen gemäss Art. 5 EMRK möglich sind<sup>24</sup> oder die Wohnung eines oder einer Angehörigen, welche der betroffenen Person auf Anweisung der Behörde zugewiesen wird<sup>25</sup>. Damit wird der Begriff der Einrichtung im Vergleich zu dem der Anstalt im geltenden Recht ausgeweitet und das bisherige Kriterium für eine Anstalt, die spürbare Beschränkung der Bewegungsfreiheit<sup>26</sup> aufgrund der Betreuung und Überwachung, relativiert<sup>27</sup>. In Anlehnung an das deutsche Recht umfasst der Begriff der Einrichtung somit auch Krankenhäuser, Pflege- und Altersheime, Seniorenresidenzen, betreute Wohngruppen, aber auch das zeitweise Einschliessen in der eigenen Wohnung<sup>28</sup>.

## 3. Sachliche Zuständigkeit (nArt. 428 ff. ZGB)

nArt. 428 ZGB legt in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit fest, dass zur Anordnung einer FU grundsätzlich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zuständig ist. Im Unterschied zum geltenden Recht ist der Vormund nicht mehr für eine FU bei Gefahr in Verzug gemäss Art. 406 Abs. 2 ZGB

zuständig<sup>29</sup>. Wie im geltenden Art. 397b Abs. 3 ZGB ist im Grundsatz diejenige Behörde für die Entlassung zuständig, welche die FU angeordnet hat, es sei denn, sie überträgt die Entlassungskompetenzen im Einzelfall der Einrichtung. Die Delegation kann jederzeit widerrufen werden<sup>30</sup>. Neben der Erwachsenenschutzbehörde können die Kantone gemäss nArt. 429 ZGB mit ausschliesslicher oder konkurrierender Kompetenz zur Erwachsenenschutzbehörde Ärzte und Ärztinnen, aber nicht mehr Stellen bestimmen, welche befristet für eine Dauer von maximal sechs Wochen eine Person in einer Einrichtung unterbringen können. Demgegenüber hat das Parlament im Hinblick auf die kantonalen Unterschiede darauf verzichtet, dass ausschliesslich qualifizierte («geeignete») Ärzte und Ärztinnen eine FU anordnen dürfen; es hat aber festgehalten, dass Kantone im Hinblick auf die Regelung der Verantwortlichkeit gemäss nArt. 454 ZGB in der Pflicht sind, geeignete Lösungen zu bestimmen<sup>31</sup>. Damit entsteht m.E. ein wenig nachvollziehbares Spannungsverhältnis zwischen der in Bezug auf die Fachkompetenz qualitativ gestärkten Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und der Allgemeinzuständigkeit für jeden Arzt bzw. jede Ärztin für die in der Regel sehr komplexe und schwierige Beurteilung von (vorsorglichen) fürsorgerischen Unterbringungen. Im Hinblick auf die Komplexität und die verfahrensrechtlichen Anforderungen wären Ärzte und Ärztinnen zumindest mit Übung im Umgang mit potenziellen FU-Patienten und Patientinnen wünschenswert<sup>32</sup>. Nach spätestens sechs Wochen seit der ärztlichen Unterbringung muss ein vollstreckbarer Unterbringungsentscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde vorliegen, da andernfalls die FU automatisch dahinfällt (nArt. 429 Abs. 2 ZGB). Ein erneuter ärztlicher Unterbringungsentscheid, ohne dass sich der Befund derart verändert hat, dass eine Abänderung notwendig wird, würde eine Umgehung der bundesrechtlichen Kompetenzordnung bedeuten und ist daher unzulässig<sup>33</sup>. Über die Entlassung

<sup>20</sup> Das in der Verfassung verankerte Prinzip der Verhältnismässigkeit findet sich nun auch ausdrücklich im neuen Erwachsenenschutzrecht in nArt. 389 Abs. 2 ZGB.

<sup>21</sup> ROSCH (FN 7), Art. 426 N 10 m.w.H.

<sup>22</sup> Bericht ExpK Erwachsenenschutz 03 (FN 14), 16.

<sup>23</sup> Botschaft Erwachsenenschutz (FN 5), 7062.

<sup>24</sup> EuGH vom 26.2.2002, *H.M. c./Suisse*, 39187/95, VPB 66.106.

<sup>25</sup> Bericht ExpK Erwachsenenschutz 03 (FN 5), 60 f.

<sup>26</sup> BGE 121 III 306, E. 2b; BSK ZGB I-GEISER (FN 1), Art. 397a N 22.

<sup>27</sup> ROSCH (FN 7), Art. 426 N 11; a.M. HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern 2010, Rz. 20.166.

<sup>28</sup> Münchener Kommentar – DIETER SCHWAB, § 1906, BGB N 45.

<sup>29</sup> Botschaft Erwachsenenschutzrecht (FN 5), 7065.

<sup>30</sup> Bericht ExpK Erwachsenenschutz 95 (FN 5), 119; zum geltenden Recht: BSK ZGB I-GEISER (FN 1), Art. 367b N 17.

<sup>31</sup> AmtlBull StR 2007, 836. Die Entwürfe zu den EinführungsGesetzen tendieren dazu, dass alle Ärzte und Ärztinnen zugelassen sind, so in Zürich (§ 36 jedoch mit der Verpflichtung zur Weiterbildung), Zug (§ 51), Thurgau (§ 58), Schwyz (§ 34), Appenzell Auserrhoden (Art. 55); Ausnahmen sind der Kanton Solothurn, der die Eignung der Ärzte und Ärztinnen ausdifferenziert (§ 123) sowie der Kanton Aargau, der primär die Amtsärzte und -ärztinnen als zuständig erklärt (§ 67 c).

<sup>32</sup> Zur Überforderungssituation von nicht spezialisierten Ärzten, insb. Hausärzten: THOMAS MAIER, *Die Praxis der Fürsorglichen Freiheitsentziehung*, in: *Praxis, Schweizerische Rundschau für Medizin* 2001, 1575 ff.; kritisch auch: MARIO ETZENSBERGER, *Die «Fürsorgliche Unterbringung» und «Behandlung einer Psychischen Störung» aus der Sicht eines praktischen Psychiaters* (Art. 416–430 VE), in: ZSR 2003, 1. Hb., 366.

<sup>33</sup> ROSCH (FN 7), Art. 428/429 N 2.

entscheidet gemäss nArt. 429 ZGB, solange kein vollstreckbarer Unterbringungsentscheid vorliegt, nicht der unterbringende Arzt oder die unterbringende Ärztin, sondern die Einrichtung. Hinzu kommen im Rahmen von ärztlichen Unterbringungen die im Gesetz festgehaltenen, relativ ausführlichen Minimalstandards: Gemäss nArt. 430 ZGB sind dies insbesondere die Pflicht zur persönlichen Anhörung, die Begründungspflicht sowie die Nennung von Befund, Gründen und Zweck der Unterbringung, der Entzug der aufschiebenden Wirkung *ex lege*, die Befugnis, ein Gericht anzurufen und die Pflicht zur schriftlichen Information von nahestehenden Personen über die Unterbringung. Letztere darf nicht gegen den Willen einer urteilsfähigen Person oder aber gegen den mutmasslichen Willen einer urteilsunfähigen Person erfolgen<sup>34</sup>. Der Arzt oder die Ärztin hat nach pflichtgemäßem Ermessen die nahestehenden Personen auszuwählen.

Daneben ist die ärztliche Leitung gemäss nArt. 427 ZGB für die Zurückbehaltung einer freiwillig eingetretenen und an einer psychischen Störung leidenden Person für höchstens drei Tage zuständig, sofern sich die Person in einer besonderen Gefahrensituation (insb. schwerwiegende Selbst- oder Fremdgefährdung gemäss nArt. 427 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB) befindet. Nach Ablauf der Frist kann auch in diesem Fall die Person die Einrichtung verlassen, wenn nicht ein vollstreckbarer Unterbringungsentscheid durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde oder durch einen Arzt bzw. eine Ärztin gemäss nArt. 427 ZGB vorliegt. Gegen den Zurückbehaltungsentscheid kann Beschwerde gemäss nArt. 439 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB eingelegt werden. Rekurriert die betroffene Person gegen den Zurückbehaltungsentscheid und zugleich gegen den im Anschluss erlassenen Unterbringungsentscheid, so hat das Gericht die Verfahren zu koordinieren; recurriert sie nur gegen den Zurückbehaltungsentscheid und wird dieser aufgehoben, so muss auch der Unterbringungsentscheid dahinfallen<sup>35</sup>.

#### 4. Entlassungsvoraussetzungen (nArt. 426 Abs. 3 ZGB) und periodische Überprüfung (nArt. 431 ZGB)

Im Unterschied zum geltenden Art. 397a Abs. 3 ZGB muss eine Person gemäss nArt. 426 Abs. 3 ZGB nicht entlassen werden, sobald es ihr Zustand erlaubt, sondern erst, wenn die Voraussetzungen für die stationäre Unterbringung nicht mehr erfüllt sind bzw. auch dann, wenn sie nie gegeben waren<sup>36</sup>. Damit sind die Entlassungsvoraussetzungen im neuen Recht weiter gefasst. Es geht um eine umfassende Inter-

essenabwägung im Hinblick auf den Zweck der FU<sup>37</sup>. Mit dieser Ausweitung wollte der Gesetzgeber der so genannten Drehtürpsychiatrie begegnen, also vermeiden, dass Patienten und Patientinnen die Einrichtung verlassen, sobald die akute Krise vorüber ist, ohne dass stabilisierende Massnahmen ergriffen werden konnten, was i.d.R. zu einer rascheren erneuten Unterbringung führt<sup>38</sup>. Neben dieser von Amtes wegen zu prüfenden Entlassung kann eine Entlassung ausserhalb einer in formelle Rechtskraft erwachsenen Entscheides auch auf Gesuch des bzw. der Betroffenen oder einer ihr bzw. ihm nahestehenden Person gemäss nArt. 426 Abs. 4 ZGB erfolgen. Über das Gesuch ist ohne Verzug, d.h. längstens in bis zu fünf Arbeitstagen (analog zu nArt. 450e Abs. 5 ZGB), zu entscheiden. Gegen die Ablehnung des Gesuchs kann gemäss nArt. 439 ZGB Abs. 1 Ziff. 3 und nArt. 450 ZGB das Gericht angerufen werden.

Zum Schutz von untergebrachten Personen und insbesondere, um sicher zu gehen, dass eine Massnahme nicht weitergeführt wird, obwohl die Voraussetzungen für deren Anordnung weggefallen sind<sup>39</sup>, erfolgt sodann eine periodische Überprüfung der FU gemäss nArt. 431 ZGB, und zwar zunächst innerhalb von sechs Monaten nach Beginn der Unterbringung, danach erneut innerhalb von weiteren sechs Monaten und nach der zweiten Überprüfung mindestens jährlich. Die Überprüfung untersteht der Untersuchungsmaxime des nArt. 446 Abs. 1 ZGB und ist eine umfassende Überprüfung der Voraussetzungen der FU. Die Person muss m.E. persönlich angehört werden, die Überprüfung ist zu dokumentieren und das Ergebnis zu verfügen<sup>40</sup>. Die Abklärungen können an ein Mitglied der Behörde delegiert werden<sup>41</sup>.

## 5. Behandlung

Die FU kann, wie bereits erwähnt, einerseits zur Betreuung angeordnet werden, andererseits neu auch zur Behandlung. Die medizinische Behandlung setzt grundsätzlich bei der Einwilligung der urteilsfähigen Person an. Ohne die Einwilligung ist der medizinische Eingriff nicht gerechtfertigt und der behandelnde Arzt bzw. die behandelnde Ärztin macht sich gegebenenfalls strafbar (insb. Art. 122 ff. StGB). Zudem stellt der ärztliche Heileingriff nach Rechtsprechung und h.L. eine Verletzung der Persönlichkeit des Patienten bzw. der Patientin dar, auch wenn er *ex lege artis* durchgeführt

<sup>34</sup> ROSCH (FN 7), Art. 429/430 N 7.

<sup>35</sup> ROSCH (FN 7), Art. 427 N 5.

<sup>36</sup> BSK ZGB I-GEISER (FN 1), Art. 397a N 28; ABRECHT (FN 6), 345 f.

<sup>37</sup> ROSCH (FN 7) Art. 426 N 15.

<sup>38</sup> Botschaft Erwachsenenschutz (FN 5), 7063.

<sup>39</sup> Bericht mit Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden von a.Oberrichter Dr. DANIEL STECK, Greifensee, Juni 03 (zit. VE Erwachsenenschutz/Verfahren), 30.

<sup>40</sup> ROSCH (FN 7) Art. 431 N 2.

<sup>41</sup> In Anlehnung an VE Erwachsenenschutz/Verfahren (FN 39), 30.



wurde<sup>42</sup>. Der autonome und selbstbestimmte Entscheid eines oder einer Urteilsfähigen ist zu befolgen<sup>43</sup>, es sei denn ein Gesetz im formellen Sinne sieht einen Eingriff vor<sup>44</sup>, wie z.B. beim Sterilisations- oder Epidemienengesetz. Bei Urteilsunfähigkeit kann ein gesetzlicher Vertreter einwilligen, da ärztliche Heileingriffe – im Unterschied zu solchen ohne Heilzweck, wie in der Regel Schönheitsoperationen – relativ höchstpersönliche Rechte und damit nicht stellvertretungsfeindlich sind<sup>45</sup>. Für die Einwilligung der urteilsfähigen Person oder für diejenige durch die gesetzliche Vertretung bedarf es einer umfassenden ärztlichen Aufklärungspflicht, des so genannten *informed consent*<sup>46</sup>. Die Einwilligung hat vor dem Eingriff zu erfolgen, ist jederzeit widerrufbar und muss zum Zeitpunkt des Eingriffs fortbestehen bzw. darf nicht zu früh abgegeben werden<sup>47</sup>.

### 5.1. Behandlung und Vertretungsrechte

Mit nArt. 433 ff. ZGB sieht das Gesetz eine Regelung für die Behandlung einer psychischen Störung unter FU vor. Ohne die Zustimmung zum Behandlungsplan können medizinische Massnahmen gemäss nArt. 434 ZGB nur unter eingeschränkten Voraussetzungen angeordnet werden. Dazu gehört, dass die Person im Bezug auf ihre Behandlungsbedürftigkeit urteilsunfähig ist<sup>48</sup>. Fraglich erscheint, wie weit der Geltungsbereich der Bestimmungen gemäss nArt. 433 ff. ZGB ist. nArt. 380 ZGB gibt hier einen wichtigen Anhaltspunkt, indem er klarstellt, dass bei Urteilsunfähigkeit eine Behandlung einer psychischen Störung in einer psychiatrischen Klinik nach den Bestimmungen von nArt. 433 ff. ZGB zu erfolgen hat und nicht gemäss den sonst üblichen Vertretungsrechten (nArt. 377 ff. ZGB)<sup>49</sup>. Daraus muss m.E.

zunächst geschlossen werden, dass die allgemeingültigen Vertretungsrechte bei medizinischen Massnahmen das allgemeinere Gesetz (*lex generalis*) sind und die Bestimmungen über die Behandlung von psychischen Störungen im Rahmen einer FU das speziellere Gesetz (*lex specialis*) ist, das Vorrang hat. Dies bedeutet gleichzeitig, dass zur Behandlung von somatischen Beschwerden oder geistiger Behinderung, auch unter FU und in einer psychiatrischen Klinik, die allgemeinen Vertretungsrechte der nArt. 377 ff. ZGB zur Anwendung gelangen, weil sich nArt. 433 ff. ZGB auf psychische Störungen beschränkt und es keine Anhaltspunkte für ein bewusstes Schweigen des Gesetzgebers gibt<sup>50</sup>.

Innerhalb einer psychiatrischen Klinik gelten zur Behandlung von psychischen Störungen somit nArt. 433 ff. ZGB<sup>51</sup>. Demgegenüber ist unklar, ob auch bei einer FU in einer Einrichtung, die keine psychiatrische Klinik darstellt, die Bestimmungen gemäss nArt. 433 ff. ZGB oder die allgemeinen Vertretungsrechte der nArt. 377 ff. ZGB zur Anwendung gelangen. Vorne wurde aufgezeigt, dass «Einrichtungen» in einem sehr weiten Sinne zu verstehen ist und darunter u.a. auch Wohn- und Pflegeheime fallen können. Die Behandlung einer psychischen Störung im Rahmen einer FU ohne Zustimmung der betroffenen Person kann nur vom Chefarzt bzw. der Chefarztin oder deren Stellvertreter angeordnet werden. In der Regel haben nur (psychiatrische) Kliniken ein Chefarztmodell, weshalb der Fokus bei der Regelung gemäss nArt. 433 ff. ZGB offenbar auf entsprechende Behandlungen in psychiatrischen Kliniken liegt. Würde man die Bestimmungen der nArt. 433 ff. ZGB für sämtliche Einrichtungen gelten lassen, so könnte in aller Regel keine Behandlung ohne Zustimmung erfolgen, da die meisten Einrichtungen keinen Chefarzt bzw. keine Chefarztin haben. Würde man den Chefarzt bzw. die Chefarztin der Abteilung in der Tendenz gegen den Wortlaut auslegen und z.B. auch Heimärzte als Chefarzte zulassen, so hätte das zur Folge, dass in Einrichtungen zwischen der Behandlung unter FU und nicht unter FU zu unterscheiden wäre, aber auch, dass der kaum zu klärende Dualismus von Soma und Psyche wieder aufleben würde. Aus all diesen Überlegungen sind im Hinblick auf nArt. 380 ZGB die Bestimmungen der nArt. 433 ff. ZGB auf psychiatrische Kliniken zu beschränken und auch bei einer Behandlung von psychischen Störungen unter FU ausserhalb einer psychiatrischen Klinik die allgemeinen Vertretungsrechte gemäss nArt. 377 ff. ZGB anzuwenden. Damit akzen-

<sup>42</sup> BGE 117 Ib 197 E.2; THOMAS GEISER, Medizinische Zwangsmassnahmen bei psychisch Kranken aus rechtlicher Sicht, recht 2006, Rz. 1.3.; HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen ZGB, Bern 2008, Rz. 12.49 ff.; ANDREAS BUCHER, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, Basel 2009, Rz. 497 ff.

<sup>43</sup> MICHEL (FN 8), 15 ff. m.w.H., 39.

<sup>44</sup> BGE 126 I 112 E. 3c.; MARKUS MÜLLER, Zum Erfordernis einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage für schwere Grundrechtseingriffe, in: recht 1994, 31 ff.

<sup>45</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 42), Rz. 07.23; BGE 134 II 235 E. 4.

<sup>46</sup> Siehe auch nArt. 377 Abs. 2 ZGB; BGE 133 III 121 E. 4.1.2.; BUCHER (FN 42) Rz. 499; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 42), Rz. 12.52 ff.

<sup>47</sup> HAAS (FN 8), 157 f.

<sup>48</sup> Siehe hierzu hinten 5.3.1.2.

<sup>49</sup> Siehe auch Botschaft Erwachsenenschutz (FN 5), 7037. Die allgemeinen Vertretungsrechte sehen der Reihe nach folgende Personen vor, welche die Zustimmung bei Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person erteilen bzw. verweigern können. 1. Personen in Patientenverfügung/Vorsorgeauftrag, 2. Beistand mit entsprechendem Vertretungsrecht, 3. Ehegatte, eingetr. Partner in gemeinsamen Haushalt oder regelmässig persönlich Bei-

stand leistet, 4. Person in gemeinsamen Haushalt und regelmässig persönlich Beistand leistet, 4. Person in gemeinsamen Haushalt und regelmässig pers. Beistand leistet sowie 5. Nachkommen, 6. Eltern, 7. Geschwister, jeweils sofern sie regelmässig pers. Beistand leisten.

<sup>50</sup> Gl. M. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 27), Rz. 20.67; SCHMID (FN 4), Art. 426 N 2, 4, dieser will nArt. 377 ZGB aber nur für Urteilsunfähige anwenden; für Urteilsfähige soll Art. 426 zulässig sein.

<sup>51</sup> Gl. M. BSK ZGB I-GEISER (FN 1), Vor Art. 197a-f, N 8b.

tuiert sich aber gleichzeitig die Frage nach der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) innerhalb einer psychiatrischen Klinik, da dort die kaskadenhaft anzuwendenden differenzierten Vertretungsrechte bei nicht psychischer Störung und die relativ pauschal wirkenden Bestimmungen der nArt. 433 ff. ZGB aufeinanderprallen und eine kaum sachlich zu rechtfertigende Ungleichbehandlung zur Folge haben<sup>52</sup>.

Die allgemeinen Vertretungsrechte gemäss nArt. 377 ff. ZGB gelten somit bei der Behandlung von somatischer Erkrankung in einer somatischen und/oder psychiatrischen Klinik sowie bei Behandlung psychischer Störungen ausserhalb einer psychiatrischen Klinik unabhängig von der Anordnung einer FU. Die Behandlung einer psychischen Störung ohne die Zustimmung der betroffenen Person gemäss nArt. 434 ZGB findet demgegenüber ausschliesslich innerhalb einer psychiatrischen Klinik statt.

## 5.2. Behandlungsplan

Kernstück der medizinischen Behandlung ist der Behandlungsplan, im Rahmen der allgemeinen Vertretungsrechte gemäss nArt. 377 ZGB, im Rahmen der Behandlung psychischer Störungen innerhalb einer psychiatrischen Klinik gemäss nArt. 433 ZGB. Er ist unterdessen ein Standardinstrumentarium der *lege artis* durchgeführten Betreuung in Einrichtungen<sup>53</sup>. Der Behandlungsplan regelt die medizinischen Massnahmen für die Zukunft und beinhaltet insbesondere die ärztliche Aufklärungspflicht<sup>54</sup>. Er ist als solcher nicht anfechtbar<sup>55</sup>. Für urteilsfähige Patienten und Patientinnen ist zwar im Rahmen von nArt. 377 ZGB kein Behandlungsplan gesetzlich notwendig, für den Fall der Urteilsunfähigkeit ist er aber dennoch zu erstellen. Im Rahmen von nArt. 433 ff. ZGB ist eine allfällige Patientenverfügung zu berücksichtigen, wohingegen im Rahmen von nArt. 377 ff. ZGB eine solche verpflichtend ist. Bei einer FU ist sodann die Vertrauensperson beizuziehen, bzw. im Falle von nArt. 377 ff. ZGB die vertretungsberechtigte Person oder auch hier die Vertrauensperson<sup>56</sup> und, soweit möglich, auch die urteilsunfähige Person selbst (nArt. 377 Abs. 1/3 ZGB). Der Behandlungsplan ist gemäss nArt. 377 Abs. 4 und nArt. 433 Abs. 4 ZGB der laufenden Entwicklung anzupassen. Im Unterschied zum

Behandlungsplan gemäss nArt. 377 ZGB sieht derjenige gemäss nArt. 434 ZGB Schriftlichkeit vor, wobei in der Regel wohl auch bei nArt. 377 ZGB Schriftlichkeit aus Beweissicherungsgründen (ärztliche Dokumentationspflicht) de facto zu erwarten ist<sup>57</sup>.

## 5.3. Behandlung psychischer Störung in psychiatrischer Klinik (nArt. 433 ff. ZGB)

### 5.3.1. Behandlung ohne Zustimmung

Eine Behandlung gemäss nArt. 434 ZGB setzt voraus, dass die Person nicht zustimmt, sei dies, weil sie die Zustimmung verweigert oder weil sie mangels Urteilsfähigkeit nicht zustimmen kann. Mit anderen Worten ist auch bei Urteilsunfähigkeit ein Behandlungsplan zu erstellen<sup>58</sup>. Eine Zustimmung setzt auf der einen Seite Urteilsfähigkeit, auf der anderen Seite aber auch Vertrauen in die Institution voraus; ein Umstand, der gerade im Rahmen von FU nicht selbstverständlich ist und bei Personen mit psychischen Störungen nicht automatisch vorausgesetzt werden kann. Die Motivation zur Zusammenarbeit gehört zum Prozess. Deshalb ist eine (vordergründige) Verweigerung einer Zustimmung gemäss den Richtlinien der Schweizerischen Akademie für medizinische Wissenschaften (SAMW) nicht leichthin anzunehmen<sup>59</sup>. Bei Urteilsunfähigkeit ist einer Patientenverfügung nicht gemäss den ausserhalb einer Klinik geltenden Regeln von nArt. 372 Abs. 2 ZGB zu entsprechen, sondern die Patientenverfügung ist relativierend nur zu berücksichtigen. Damit soll verhindert werden, dass mit einer Patientenverfügung eine Therapie einfach vereitelt werden kann<sup>60</sup>. Mit dieser Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts zeigen sich hier das Sonderstatusverhältnis und die damit verbundenen Schutz- und Fürsorgepflichten<sup>61</sup>. Im Hinblick auf den neu verankerten Grundsatz der Selbstbestimmung gemäss nArt. 388 Abs. 2 ZGB ist aber auch in einer psychiatrischen Klinik der Patientenverfügung soweit wie möglich zu entsprechen.

Eine Behandlung ohne Zustimmung ist sodann nur möglich, wenn eine besondere Gefahrensituation vorliegt und zusätzlich die betroffene Person in Bezug auf die Behandlungsbedürftigkeit urteilsunfähig ist sowie die Massnahme verhältnismässig ist.

<sup>52</sup> Siehe hierzu auch: OLIVIER GUILLOD/NOÉMIE HELLE, *Traitements forcés: des dispositions schizo-phrènes?*, in: ZVW 2003, 347 ff.; ferner: ROSCH (FN 7), Art. 426 N 14; JÜRIG GASSMANN, in: Daniel Rosch/Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.): *Das neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB*, Basel 2011, Art. 379/380 N 2.

<sup>53</sup> ETZENBERGER (FN 32), 367; *Botschaft Erwachsenenschutz* (FN 5), 7068.

<sup>54</sup> Siehe nArt. 433 Abs. 2 ZGB und nArt. 377 Abs. 2 ZGB.

<sup>55</sup> SCHMID (FN 4), Art. 433 N 4.

<sup>56</sup> Bei einer FU ausserhalb einer psychiatrischen Klinik kann eine Vertrauensperson trotzdem gemäss nArt. 432 beigezogen werden.

<sup>57</sup> JÜRIG GASSMANN (FN 52), Art. 377 N 6.

<sup>58</sup> ROSCH (FN 7), Art. 433–435 N 9.

<sup>59</sup> SAMW, *Zwangsmassnahmen*, 10; auf: [www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-gueltige-Richtlinien.html](http://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-gueltige-Richtlinien.html) [eingesehen am 16.12.2010]; a.M. SCHMID (FN 4), Art. 433 N 7 stellt darauf ab, wie krank eine Person sei: Je kranker die Person, desto autoritärer müsse das Klinikpersonal sein.

<sup>60</sup> *Botschaft Erwachsenenschutz* (FN 5), 7068.

<sup>61</sup> MARKUS MÜLLER, *Das besondere Rechtsverhältnis*, Bern 2003, 241.

### 5.3.1.1. Gefahrensituation

Die Gefahrenlage muss dergestalt sein, dass der betroffenen Person ohne Behandlung ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden droht oder das Leben oder die körperliche Integrität Dritter ernsthaft gefährdet ist. Es geht um schwerwiegende und/oder akute Gefährdungen. Nicht ausreichend sind Behandlungen, die darauf abzielen, organisatorische Abläufe zu vereinfachen oder ausschliesslich darauf ausgerichtet sind, die Einrichtungsordnung ohne Störung aufrecht zu erhalten<sup>62</sup>.

### 5.3.1.2. Urteilsunfähigkeit bezüglich der Behandlungsbedürftigkeit

Neben der Gefahrensituation muss als weitere Voraussetzung die betroffene Person in Bezug auf die Behandlungsbedürftigkeit urteilsunfähig sein. Damit gilt nicht wie üblich die Urteilsunfähigkeit in Bezug auf die Zustimmung, welche erhöhte Anforderungen mit sich bringt. Ausreichend ist die Urteilsunfähigkeit in Bezug auf die Behandlungsbedürftigkeit. Damit ist das Kriterium der Urteilsunfähigkeit in Bezug auf die Behandlungsbedürftigkeit kaum mehr abgrenzbar zur Uneinsichtigkeit und wird de facto in die Kompetenz des Chefarztes bzw. der Chefärztin gelegt<sup>63</sup>. Da die Urteilsfähigkeit in Bezug auf die Zustimmung gemäss h.M. höhere Anforderungen stellt als eine Verweigerung einer medizinischen Massnahme<sup>64</sup>, ist von der Urteilsunfähigkeit in Bezug auf die Behandlungsbedürftigkeit dann nicht auszugehen, wenn sich eine zur Verweigerung, nicht aber zur Zustimmung urteilsfähige Person äussert. An die Urteilsfähigkeit in Bezug auf die Behandlungsbedürftigkeit werden sodann wenig hohe Anforderungen gestellt; es ist ausreichend, wenn die betroffene Person die Behandlungsbedürftigkeit in den Grundzügen erfasst<sup>65</sup>. Bei (dauernder) Urteilsunfähigkeit wäre an und für sich eine Vertretungsbeistandschaft zu prüfen. Diese fällt aber für die Zustimmung in diesem Bereich ausser Betracht, da nArt. 380 ZGB besagt, dass bei einer Behandlung einer psychischen Störung in einer psychiatrischen Klinik eben nicht die allgemeinen Vertretungsrechte gelten, sondern die Bestimmungen der FU gemäss nArt. 433 ff. ZGB<sup>66</sup>.

### 5.3.1.3. Verhältnismässigkeit

Damit eine Behandlung ohne Zustimmung zulässig ist, darf als letztes Erfordernis keine angemessene Massnahme zur

Verfügung stehen, die weniger einschneidend ist. Damit ist die Frage nach der Erforderlichkeit bei der Verhältnismässigkeit angesprochen. Gefordert wird, dass die medizinischen Massnahmen insbesondere dem letzten Stand der Wissenschaften entsprechen müssen und keine wissenschaftlich zweifelhaften Massnahmen in Betracht kommen<sup>67</sup>. Dem ist grundsätzlich beizupflichten, es sei denn, die betroffene Person wünscht sich dies im Rahmen einer Patientenverfügung. In diesem Falle wären die Interessen unter Berücksichtigung des Selbstbestimmungsanspruchs gemäss nArt. 388 Abs. 2 ZGB gegeneinander abzuwägen<sup>68</sup>.

Sind diese drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt, so kann der Chefarzt bzw. die Chefärztin oder deren Stellvertreter die im Behandlungsplan vorgesehenen medizinischen Massnahmen schriftlich anordnen. Gemäss Vorgaben der SAMW ist die Massnahme von vornherein zeitlich zu beschränken und ihre Durchführung muss einem klaren Handlungskonzept folgen, das im Behandlungsteam abgesprochen sein sollte<sup>69</sup>.

### 5.3.2. Austrittsgespräch (nArt. 436 ZGB)

Vor der Entlassung hat der behandelnde Arzt bzw. die behandelnde Ärztin mit der betroffenen Person Behandlungsgrundsätze für den Fall einer erneuten Unterbringung zu vereinbaren, sofern eine Rückfallgefahr besteht. Diese Bestimmung ist systematisch bei den medizinischen Massnahmen der nArt. 433 ff. ZGB eingeordnet. Fallen die Beendigung von medizinischen Massnahmen und der Austritt aus einer Einrichtung zusammen, geht es um ein Austrittsgespräch. Andernfalls und insbesondere bei langandauernden medizinischen Massnahmen ist eine Nachbesprechung angezeigt, um (Re-)Traumatisierungen zu vermeiden und im Sinne der Qualitätssicherung die medizinische Intervention zu reflektieren und gegebenenfalls zu verbessern<sup>70</sup>. Diese Gespräche gehören bei längeren Aufenthalten zur Überprüfung des Behandlungsplanes gemäss nArt. 433 Abs. 4 ZGB. Das Austrittsgespräch setzt des Weiteren voraus, dass Rückfallgefahr besteht. Diese ist sehr weit auszulegen, da in aller Regel die Gefahr eines Rückfalls besteht<sup>71</sup>. Die vereinbarten Behandlungsgrundsätze sollen dazu beitragen, bei einer neuerlichen Unterbringung Anhaltspunkte für die Behandlung der betroffenen Person zu haben und damit ihrem Selbstbestimmungsrecht nachzukommen. Je länger Austrittsgespräch

<sup>62</sup> AmtlBull StR 2007, 828 f.

<sup>63</sup> GUILLOD/HELLE (FN 52), 355 f.

<sup>64</sup> BK-EUGEN BUCHER, Bern 1976, Art. 16 ZGB N 105; GEISER (FN 42), Rz. 2.8; differenzierend zu Recht: MICHEL (FN 8), 80.

<sup>65</sup> Analog zur Urteilsunfähigkeit bei der Verweigerung: THOMAS GEISER, Die Fürsorgliche Freiheitsentziehung als Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung?, in: Peter Gauch et al. (Hrsg.), Festschrift für Bernhard Schnyder, Freiburg 1995, Rz. 1.8, 1.12 m.w.H., a.M. BK-BUCHER (FN 64), Art. 16 ZGB N 105.

<sup>66</sup> a.A. SCHMID (FN 4), Art. 426 N 4 i.f.

<sup>67</sup> Botschaft Erwachsenenschutz (FN 5), 70, Bericht ExpK Erwachsenenschutz 03 (FN 14), 69.

<sup>68</sup> ROSCH (FN 7), Art. 433–435 N 12.

<sup>69</sup> SAMW, Zwangsmassnahmen, 15 ff.; auf: [www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-gueltige-Richtlinien.html](http://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-gueltige-Richtlinien.html) [eingesehen am 16.12.2010].

<sup>70</sup> SAMW, Zwangsmassnahmen, 17.; auf: [www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-gueltige-Richtlinien.html](http://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-gueltige-Richtlinien.html) [eingesehen am 16.12.2010].

<sup>71</sup> ROSCH (FN 7), Art. 436 N 2.



und neuerlicher FU zeitlich auseinanderliegen, desto weniger Gewicht kommt den vereinbarten Grundsätzen zu<sup>72</sup>.

### 5.3.3. Die Nachbetreuung (nArt. 437 ZGB)

Die Kantone regeln die Nachbetreuung und können ambulante Massnahmen vorsehen. Die Kompetenzdelegation ist systematisch bei den medizinischen Massnahmen zur Behandlung von psychischen Störungen in einer psychiatrischen Klinik eingeordnet (nArt. 433 ff. ZGB) und bezieht sich nur auf diese<sup>73</sup>. Der Bundesgesetzgeber wollte aufgrund der unterschiedlichen Voraussetzungen und Struktur der Kantone, welche zu unterschiedlichen Bedürfnissen und Organisationsformen führen, die Nachbetreuung nicht im Bundesgesetz regeln, sondern die Kompetenz an die Kantone delegieren<sup>74</sup>. Immerhin hätte eine Normierung der Grundsätze in Bezug auf die so genannten ambulanten Zwangsmassnahmen zu mehr Klarheit und Einheitlichkeit geführt.

Im Rahmen der Nachbetreuung können auch ambulante Massnahmen vorgesehen werden. Damit bietet nArt. 437 ZGB die Chance, den gesamten Prozess nach einer Klinik-einweisung zur Behandlung einer psychischen Störung zu legitimieren. Dabei wäre v.a. an präventive, unterstützende Massnahmen zu denken, welche nach einem Klinikaufenthalt nachhaltig zur Verbesserung der Situation des bzw. der Betroffenen führen. Dazu gehörten z.B. aufsuchende oder sozialräumlich orientierte psychiatrische und sozialarbeiterische Angebote, aber auch teilstationäre Einrichtungen wie Tageskliniken<sup>75</sup>.

Sinn, Inhalt und Zulässigkeit von ambulanten Zwangsmassnahmen waren demgegenüber in den Parlamentsberatungen zum Gesetz umstritten<sup>76</sup>. Wie bei den ambulanten Massnahmen der Nachbetreuung kann es sich bei Personen mit einer psychischen Störung nach einem Klinikaufenthalt nur um Massnahmen handeln, die auf Personensorge ausgerichtet sind. Rechtlich verpflichtende Weisungen gehören hier nicht dazu; solche kann die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde schon aufgrund von nArt. 392 ZGB direkt verfügen. Darüber hinaus handelt es sich bei Weisungen noch nicht um Zwangsmassnahmen. Die Vollstreckung dieser Weisungen, z.B. Medikamente zu nehmen, ist grundsätzlich gemäss nArt. 450g ZGB auch mit polizeilicher Hilfe möglich, sofern die Massnahme verhältnismässig ist. Wenn sich eine Person weigert, sich zwecks Medikamenteneinnahme in ärztliche Kontrolle zu begeben, so stellt sich hier aber die Frage, ob ein wiederholter Einsatz von Zwangsmassnahmen in den eigenen Räumlichkeiten weniger traumatisierend ist als eine Klinikeinweisung. Auch hier gilt grundsätzlich,

dass man primär bei der betroffenen Person ansetzt und mit Motivationsarbeit die Einsicht in die Behandlungsbedürftigkeit fördert. Zudem stellt sich die Frage, inwiefern solche Massnahmen auch zwecktauglich sind und der Gesundheitsförderung dienen<sup>77</sup>.

Die zwangsweise Verabreichung von Medikamenten gehört aus Sicht des Gesetzgebers nicht zu den ambulanten Zwangsmassnahmen<sup>78</sup>. Die Kantone haben in ihren Einführungsgesetzen hier grossmehrheitlich nur Weisungen zugelassen und nicht deren Vollstreckung<sup>79</sup>.

Zuständig für die Anordnung von ambulanten Zwangsmassnahmen ist die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde<sup>80</sup>; die (verfahrensrechtlichen) Mindeststandards gemäss nArt. 433 ff. ZGB bzw. bei Beschränkung der Bewegungsfreiheit gemäss nArt. 383 ff. ZGB und nArt. 438 ZGB müssen aber auch für diesen Bereich gelten<sup>81</sup>.

### 5.4. Notfallsituationen (nArt. 435/nArt. 379 ZGB)

Sowohl im Rahmen der Behandlung einer psychischen Störung in einer psychiatrischen Klinik als auch im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen medizinischen Vertretungsrechte können Ärzte und Ärztinnen in Notfallsituationen direkt handeln und somit auch ohne eine Zustimmung einzuholen. Notfallsituationen müssen zeitlich dringlich sein, es müssen aber auch medizinisch erfolgversprechende Massnahmen vorhanden sein, um der Gefährdung zu begegnen. Eine Einwilligung kann in diesen Fällen aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit nicht mehr eingeholt werden. Für langandauernde Behandlungen bieten nArt. 435 bb. nArt. 379 ZGB keine Rechtsgrundlage<sup>82</sup>.

Im somatischen Bereich gehören Herzinfarkt, Hirn-schlag, starke Blutungen, schwere Verletzungen zu Notfallsituationen, im psychiatrischen Bereich sind dies z.B. eine zuvor nicht erhärtete, plötzlich auftretende Suizidalität, die

<sup>72</sup> ROSCH (FN 7), Art. 436 N 2.

<sup>73</sup> Botschaft Erwachsenenschutzrecht (FN 5), 7071 spricht durchgehend nur von psychischen Störungen.

<sup>74</sup> AmtlBull StR 2007, 839.

<sup>75</sup> ROSCH (FN 7), Art. 437 N 2 f.

<sup>76</sup> AmtlBull StR 2007, 838 f.; AmtlBull NR 2008, 1533 ff.

<sup>77</sup> Siehe hierzu RENÉ BRIDLER/JÜRGEN GASSMANN, Die Praxis der ambulanten Zwangsbehandlung in anderen Ländern, in: Schweizerische Ärztezeitung, 2010, 1790 ff., die zum Schluss kommen, dass in der Literatur keine eindeutigen Vorteile von ambulanten Zwangsmassnahmen im Vergleich zur jeweiligen Standardbehandlung aufgezeigt wird; insbesondere lasse sich nicht bestimmen, ob einzelne Vorteile tatsächlich auf den Zwangscharakter der Massnahme oder nicht eher auf das intensivierte Betreuungsangebot zurückzuführen sind (S. 1792).

<sup>78</sup> AmtlBull NR 2008, 1535.

<sup>79</sup> So Aargau (§ 67 i), Appenzell Auserroden (Art. 60), Schwyz (§ 35a), Solothurn (§ 126), Zug (§ 54). Einzig der Kanton Zürich sieht eine Anordnung (§ 47) und der Kanton Thurgau eine Verpflichtung (§ 59) vor.

<sup>80</sup> Gemäss dem Entwurf des Kantons Aargau ist die Nachbetreuung an die für die Entlassung zuständige Instanz delegiert (§ 67 i Abs. 3).

<sup>81</sup> ROSCH (FN 7), Art. 437 N 4.

<sup>82</sup> ROSCH (FN 7), Art. 433–435 N 15.



ernsthafte Gefährdung Dritter oder aber auch eine arg in Mitleidenschaft gezogene materielle Umgebung<sup>83</sup>. Gerade bei Letzterem ist in Anbetracht des Verhältnismässigkeitsprinzips grosse Zurückhaltung zu üben. Die medizinischen Notfallmassnahmen dürfen sodann nur für den Zeitraum des Notfalls ergriffen werden. Zudem ist dem Willen der Betroffenen soweit als möglich zu entsprechen, auch wenn dies unter Umständen nicht zum medizinisch optimalen, aber zur Beseitigung der Notfallsituation ausreichenden Resultat führt<sup>84</sup>.

### 5.5. Beschränkung der Bewegungsfreiheit (nArt. 438 ZGB)

Im revidierten Recht wird zwischen medizinischen Massnahmen und Massnahmen zur Beschränkung der Bewegungsfreiheit unterschieden. Bei Urteilsunfähigkeit kann im Rahmen eines Aufenthaltes in einer Wohn- und Pflegeeinrichtung zur Abwendung einer entsprechenden Gefahrensituation<sup>85</sup> oder bei schwerwiegender Störung des Gemeinschaftslebens die Bewegungsfreiheit eingeschränkt werden. Die betroffene Person ist zu informieren<sup>86</sup>, die Massnahme ist zu protokollieren<sup>87</sup> und regelmässig zu überprüfen<sup>88</sup>; des Weiteren sind die vertretungsberechtigten Personen zu orientieren<sup>89</sup>. Diese haben unter anderem auch die Möglichkeit, die Erwachsenenschutzbehörde zur Überprüfung der Situation einzuschalten<sup>90</sup>. Gerade bei der Störung des Gemeinschaftslebens kann es nur um Situationen gehen, in denen eine Nichtintervention eine nahe Gefahr der Eskalation zur Folge hat, welche die Aufrechterhaltung der Einrichtungsordnung als solcher in Gefahr bringt. Dazu gehört nicht die wiederholte Verletzung der Hausregeln<sup>91</sup>.

Im Rahmen einer FU gelten die Bestimmungen über die Einschränkung der Bewegungsfreiheit sinngemäss. Bei einer FU ist im Gegensatz zu den Bestimmungen über die Beschränkung der Bewegungsfreiheit die Urteilsfähigkeit nicht Voraussetzung. Deshalb ist es im Rahmen einer Beschränkung der Bewegungsfreiheit unter FU auch nicht relevant, ob eine Person urteilsfähig ist oder nicht. Zudem ist im Rahmen einer FU – im Unterschied zur allgemeinen Regelung der Beschränkung der Bewegungsfreiheit – der Rechtsmittelweg

vereinheitlicht. Es kann gemäss nArt. 439 ZGB das Gericht angerufen werden und es ist nicht die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde gemäss nArt. 385 ZGB zuständig.

### 5.6. Vertrauensperson (nArt. 432 ZGB)

Personen, die sich unter FU in einer Einrichtung aufhalten, leiden an einem Schwächezustand und müssen sich an ein neues Umfeld und eine neue Lebenssituation in der Einrichtung, die sie nicht von sich aus aufgesucht haben, gewöhnen. Deshalb fällt es Personen in derartigen kritischen Lebenssituationen besonders schwer, von ihren Rechten Gebrauch zu machen. Diesen Umständen soll die Vertrauensperson im revidierten Recht Abhilfe schaffen. Die Möglichkeit, eine Person des Vertrauens beizuziehen, gilt für sämtliche Formen der FU, in der Regel mit der zwangsweisen Unterbringung oder aber mit der Zurückbehaltung. Zur Bestimmung einer Vertrauensperson bedarf es der Urteilsfähigkeit, an die keine besonders hohen Anforderungen zu stellen sind<sup>92</sup>. Der Vorschlag einer urteilsunfähigen Person ist zu beachten und es ist abzuklären, inwiefern die vorgeschlagene Vertrauensperson eingesetzt werden kann. Im Zweifelsfall entscheidet die Erwachsenenschutzbehörde<sup>93</sup>. Kantone können zwar ergänzende Bestimmungen erlassen; diese dürfen aber nicht das Recht der betroffenen Person einschränken<sup>94</sup>. Mitarbeitende von Kliniken sind in der Regel aufgrund von absehbaren Rollenkonflikten keine geeigneten Vertrauenspersonen<sup>95</sup>. Aufgabe der Vertrauensperson ist, die betroffene Person über ihre Rechte und Pflichten zu informieren, bei administrativen Aufgaben behilflich zu sein, ihre Anliegen weiterzuleiten und geltend zu machen, bei Konflikten zu vermitteln und in einem Verfahren die schutzbedürftige Person zu begleiten<sup>96</sup>, ohne dass andere mit diesen Aufgaben betraute Personen davon entbunden würden. Mit Einwilligung der betroffenen Person hat die Vertrauensperson auch Akteneinsichts- und Auskunftsrecht. Das Besuchsrecht muss der Vertrauensperson sodann auch ausserhalb der Öffnungszeiten der Einrichtung zustehen<sup>97</sup> und sie ist bei der Erarbeitung des Behandlungsplanes beizuziehen. Das Mandat ist in der Regel mit der Aufhebung der FU beendet, es sei denn, dass Rechtsmittelverfahren noch nicht abgeschlossen sind.

<sup>83</sup> Botschaft Erwachsenenschutz (FN 5), 7070.

<sup>84</sup> ROSCH (FN 7), Art. 433–435 N 17.

<sup>85</sup> nArt. 383 ZGB nennt die ernsthafte Gefahr für das Leben oder die körperliche Integrität der betroffenen Person oder Dritter.

<sup>86</sup> nArt. 383 Abs. 2 ZGB.

<sup>87</sup> nArt. 384 ZGB.

<sup>88</sup> nArt. 383 Abs. 3 ZGB.

<sup>89</sup> nArt. 384 Abs. 2 ZGB.

<sup>90</sup> nArt. 385 ZGB.

<sup>91</sup> PETER MÖSCH PAYOT, in: Daniel Rosch/Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.): Das neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB, Basel 2011, Art. 383–385 N 11.

<sup>92</sup> Analog zu Art. 381 ZGB des geltenden Rechts; siehe auch BSK ZGB I-CHRISTOPH HÄFELI, 4. A., Basel 2010, Art. 380 f. N 11 f.

<sup>93</sup> ROSCH (FN 7), Art. 432 N 2.

<sup>94</sup> Botschaft Erwachsenenschutz (FN 5), 7067.

<sup>95</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 27), Rz. 20.168.

<sup>96</sup> Botschaft Erwachsenenschutz (FN 5), 7067.

<sup>97</sup> Botschaft Erwachsenenschutz (FN 5), 7067.

## 6. Rechtsmittelverfahren (nArt. 439, nArt. 450 ZGB)

Wie im geltenden Recht sieht der Gesetzgeber auch im revidierten Recht einen umfassenden Rechtsschutz vor<sup>98</sup>. Für die Überprüfung des Entscheides betr. FU i.w.S. ist ein Gericht zuständig. Soweit die Erwachsenenschutzbehörde die FU angeordnet hat, gelten für das Rechtsmittelverfahren die Bestimmungen gemäss nArt. 450 ff. ZGB; bei anderen Massnahmen im Rahmen einer FU kommt nArt. 439 ZGB zum Tragen. Zur Beschwerde legitimiert sind – wie im bisherigen Recht – neben der betroffenen Person auch ihr nahestehende Personen, insbesondere die Vertrauensperson. Das Verfahren untersteht wie bisher dem Beschleunigungsgebot und erfordert gemäss nArt. 450 e Abs. 5 ZGB in der Regel einen Entscheid innert fünf Arbeitstagen seit Eingang der Beschwerde. Die Rechtsmittelfrist beträgt zehn Tage<sup>99</sup>; danach kann die Aufhebung der FU nur noch mit einem Entlassungsgesuch beantragt werden, dessen Abweisung auch überprüft werden kann. Bei Beschränkung der Bewegungsfreiheit kann das Gericht jederzeit angerufen werden<sup>100</sup>. Die Frist für nahestehende Personen beginnt wie im geltenden Recht mit Kenntnismahme des Entscheides<sup>101</sup>. Im Übrigen ist auf die allgemeinen neuen Verfahrensbestimmungen der nArt. 450 ff. ZGB zu verweisen, die sich in Bezug auf die FU sehr nahe am geltenden Recht anlehnen. Die Beschwerde muss nicht begründet werden und hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung<sup>102</sup>. Bei psychischen Störungen ist zwingend<sup>103</sup>, andernfalls nur soweit notwendig<sup>104</sup>, ein Sachverständigengutachten einzuholen. Zudem hat die Entscheidbehörde die schutzbedürftige Person in der Regel als Kollegium anzuhören; ihr wird wenn nötig auch eine Vertretung beigelegt, welche in rechtlichen und fürsorgerischen Fragen erfahren ist<sup>105</sup>.

## 7. Die fürsorgerische Unterbringung im Kindesschutzrecht

Im geltenden Art. 314a Abs. 1 ZGB kommen im Rahmen eines Obhutsentzuges die Verfahrensbestimmungen und die gerichtliche Beurteilung der FFE zur Anwendung, sofern ein Kind in eine Anstalt eingewiesen wird. Damit wollte man bei Anstaltsunterbringungen die Sorgeberechtigten, bzw. das

Kind dem zusätzlichen Rechtsschutz der Art. 397d–f ZGB unterstellen<sup>106</sup>.

Im revidierten Recht sind die Bestimmungen der FU gemäss nArt. 314b Abs. 1 ZGB sinngemäss anwendbar, wenn das Kind in einer psychiatrischen Klinik oder in einer geschlossenen Einrichtung untergebracht werden muss. Materiell geht es in Bezug auf die *Einweisungsvoraussetzungen* um einen Obhutsentzug gemäss Art. 310 ZGB, dessen Voraussetzungen weiter gefasst sind, als diejenigen der FU<sup>107</sup>.

Im Vorentwurf (Art. 315 VE ZGB<sup>108</sup>) war noch vorgesehen, dass Kantone neben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde auch Ärzte bzw. Ärztinnen bestimmen können, welche Minderjährige bei psychischen Störungen einweisen können<sup>109</sup>. Mit der allgemeinen Delegation des nArt. 314b ZGB, der sich nicht mehr auf psychische Störungen beschränkt, erscheint eine sinngemässe Anwendung der ärztlichen Zuständigkeit als nicht mehr gegeben, da wie erwähnt der Obhutsentzug im Vergleich zur FU Schwächezustände über die nur medizinischen hinaus betrifft. Deshalb kann meines Erachtens für den Obhutsentzug, auch wenn Minderjährige in einer geschlossenen Einrichtung oder einer psychiatrischen Klinik untergebracht werden, nur die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zuständig sein<sup>110</sup>.

Im Unterschied zur FU wird der Anwendungsbereich in nArt. 314b Abs. 1 ZGB auf geschlossene Einrichtungen und psychiatrische Kliniken beschränkt. Geschlossene Einrichtungen dürften sich wohl mit dem sehr weiten Anstaltsbegriff des Bundesgerichtes decken. Danach liegt eine «Anstalt» vor, wenn die Freiheit des bzw. der sich in der Einrichtung Befindenden mehr eingeschränkt ist als die seiner bzw. ihrer Altersgenossen im Allgemeinen<sup>111</sup>. Nichts als Anstalten werden nur noch Platzierungen in Pflegefamilien, heilpädagogischen Pflegefamilien, Säuglings- und Kinderheimen und allenfalls Kinder- und Schulheimen verstanden<sup>112</sup>.

Die sinngemässe Anwendung der Verfahrensbestimmungen der FU im Rahmen von nArt. 314b Abs. 1 ZGB entspricht, soweit ersichtlich, weitgehend der Regelung im geltenden Recht und dürfte wenig Probleme bei der Rechtsanwendung bieten. Ausdrücklich hält Art. 314b Abs. 2 ZGB

<sup>98</sup> Botschaft Erwachsenenschutz (FN 5), 7071.

<sup>99</sup> nArt. 450b Abs. 2 ZGB resp. nArt. 439 Abs. 2 ZGB.

<sup>100</sup> nArt. 439 Abs. 2 ZGB.

<sup>101</sup> BSK ZGB I-GEISER (FN 1), Art. 397d N 21.

<sup>102</sup> nArt. 450e ZGB.

<sup>103</sup> nArt. 450e Abs. 3 ZGB.

<sup>104</sup> nArt. 446 Abs. 2 ZGB.

<sup>105</sup> nArt. 450e ZGB, analog zu Art. 299 ZPO.

<sup>106</sup> Siehe MARKUS LUSTENBERGER, Die fürsorgerische Freiheitsentziehung bei Unmündigen unter elterlicher Gewalt, Diss. Fribourg 1987, 32 ff.

<sup>107</sup> Botschaft Erwachsenenschutz (FN 5), 7103; LUSTENBERGER (FN 106), 36.

<sup>108</sup> Art. 315 VE ZGB betraf gemäss dessen Titel nur Behandlungen bei psychischen Störungen.

<sup>109</sup> BerichtExpK Erwachsenenschutz 03 (FN 14), 99.

<sup>110</sup> Die meisten Kantone ermöglichen Ärzten/innen grundsätzlich, Unterbringungen anzuordnen; dies kann sich nach der hier vertretenen Auffassung aber ausschliesslich auf volljährige Personen beziehen.

<sup>111</sup> Siehe BGE 121 III 306.

<sup>112</sup> CHRISTOPH HÄFELI, Wegleitung für vormundschaftliche Organe, 4. A., Zürich 2005, 150.

fest, dass urteilsfähige Minderjährige selbstständig das Gericht anrufen können.

Schwieriger erscheint demgegenüber die sinngemässe Anwendung der medizinischen Massnahmen gemäss nArt. 433 ff. ZGB, der bewegungsbeschränkenden Massnahmen und der regelmässigen Überprüfung. In diesen Bereichen hat man im Gesetzgebungsprozess zu wenig auf diese sinngemässe Anwendung geachtet und zu sehr die Situation in psychiatrischen Kliniken und bei Erwachsenen fokussiert. Damit ergibt sich gerade bei den medizinischen Massnahmen die Schwierigkeit, sinnvolle Lösungen zu finden, welche nicht *contra verba legis* sind.

### 7.1. Medizinische Massnahmen

Grundsätzlich haben die Sorgeberechtigten das Recht, bei urteilsunfähigen Minderjährigen über die medizinischen Massnahmen zu bestimmen. Bei urteilsfähigen Minderjährigen können die Kinder selbstständig zustimmen und es bedarf keiner Mitwirkung der Eltern<sup>113</sup>, es sei denn das Gesetz sieht dies vor. Es handelt sich um ein relativ höchstpersönliches Recht.

Die Vertretungsrechte gemäss nArt. 433 ff. ZGB kommen in Bezug auf Erwachsene, wie vorne ausgeführt, nur bei der Behandlung einer psychischen Störung im Rahmen einer FU in einer psychiatrischen Klinik zur Anwendung und nicht auch bei anderen, z.B. geschlossenen Einrichtungen. Das muss auch für die Behandlung im Rahmen von nArt. 314b Abs. 1 ZGB gelten<sup>114</sup>. Bei geschlossenen Einrichtungen und bei einer Behandlung einer somatischen Erkrankung erfolgt somit die Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung bei Urteilsunfähigkeit ausschliesslich durch die gesetzlichen Vertreter.

Bei Urteilsunfähigen im Rahmen des nArt. 314b Abs. 1 ZGB ist wie bei Volljährigen ein Behandlungsplan zu erstellen, welcher der gesetzlichen Vertretung zur Zustimmung unterbreitet wird. Weigern sich die Eltern eines urteilsunfähigen Kindes, die Zustimmung zu erteilen, so kann in *geschlossenen Einrichtungen* keine medizinische Massnahme ergriffen werden. Bei stossenden Konsequenzen und einer Gefährdung des Kindeswohls ist – vorbehaltlich von Notfallsituationen – die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde anzurufen.

Es stellt sich aber die Frage, ob nArt. 434 ZGB in *psychiatrischen Kliniken* zur Behandlung von psychischen Störungen von urteilsunfähigen Minderjährigen zur Anwendung gelangt. Der Chefarzt bzw. die Chefärztin könnte in diesem Fall eine medizinische Massnahme anordnen, sofern die weiteren Voraussetzungen<sup>115</sup> erfüllt sind. Im Grundsatz gilt ausserhalb einer FU, dass die Eltern innerhalb der vom ZGB

tolerierten Rahmen bei Urteilsunfähigkeit für ihr Kind entscheiden, mit Ausnahme von höchstpersönlichen Rechten. Überschreiten sie ihre Kompetenzen, so besteht kein Beschwerderecht, aber die Möglichkeit, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde anzurufen<sup>116</sup>. Im Unterschied zum Erwachsenenschutzrecht, wo die Zustimmungskompetenz zur medizinischen Massnahme und die Krankheit in derselben Person zusammenfallen, findet sich eine Aufteilung von Zustimmungskompetenz und Krankheit im Falle von urteilsunfähigen Minderjährigen. Hier stimmen die Sorgeberechtigten als Vertreter des Kindes, einer erforderlichen Behandlung eines psychisch kranken Minderjährigen zu; im Erwachsenenschutzrecht ist dies – wie bereits aufgezeigt<sup>117</sup> – nicht möglich, weil die allgemeinen Vertretungsrechte ausgeschlossen wurden. Im Unterschied zum Erwachsenenschutzrecht will die Verweisungsnorm des nArt. 314b ZGB insbesondere den Rechtsschutz verstärken<sup>118</sup> und nicht die Elternrechte ausschalten. Wenn sich somit Ärzte bzw. Ärztinnen und Sorgeberechtigte nicht einig werden, kann das m.E. nicht automatisch dazu führen, dass die Meinung des Chefarztes bzw. der Chefärztin höher gewichtet wird. Deshalb wären bei Urteilsunfähigkeit des Kindes m.E. die allgemeinen Regeln beizuziehen und allenfalls die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde einzuschalten. Somit käme nach der hier vertretenen Auffassung nArt. 434 ZGB bei *urteilsunfähigen* Minderjährigen nicht zum Tragen. Verweigern die Sorgeberechtigten die Zustimmung, so kann die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde angerufen werden und ggf. eine Zustimmung zu solchen Massnahmen erteilen. Die Behörde kann sodann direkt in Bezug auf einen einmaligen Eingriff handeln<sup>119</sup>.

Bei *Urteilsfähigkeit* kann der bzw. die Minderjährige selbstständig zustimmen. Er oder sie gilt als die betroffene Person. Zustimmungskompetenz und von der Krankheit betroffene Person fallen wie bei Erwachsenen zusammen. Dementsprechend sind bei fehlender Zustimmung theoretisch auch medizinische Massnahmen ohne Zustimmung gemäss nArt. 434 ZGB möglich, sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind. Das Kriterium «Urteilsfähigkeit in Bezug auf die Behandlungsbedürftigkeit hat aber praktisch zur Folge, dass keine Massnahmen gegenüber urteilsfähigen Minderjährigen möglich werden.

In Bezug auf die Nachbetreuung, insbesondere betreffend ambulanten (Zwangs-)Massnahmen, müssten die hier herausgeschälten Grundsätze ebenfalls gelten.

<sup>113</sup> MICHEL (FN 8), 80 ff. m.w.H.

<sup>114</sup> Siehe dazu 5.1.

<sup>115</sup> Siehe dazu 5.3.

<sup>116</sup> URS TSCHÜMPERLIN, Die elterliche Gewalt in bezug auf die Person des Kindes, Diss. Fribourg 1989, 121, 327.

<sup>117</sup> Siehe vorne 5.3.1.2. i.f.

<sup>118</sup> Dahingehend: BerichtExpK Erwachsenenschutz 03 (FN 14), 99.

<sup>119</sup> MICHEL (FN 8), 132; CYRILL HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 4. A., Bern 1994, Rz. 27.21; BGE 69 I 221.

## 7.2. Beschränkung der Bewegungsfreiheit (nArt. 338 ZGB)

Im Rahmen der FU werden die Bestimmungen über die Beschränkung der Bewegungsfreiheit sinngemäss angewendet. Wie vorne aufgezeigt, betreffen diese im Rahmen einer FU nicht nur urteilsunfähige, sondern auch urteilsfähige Personen. Dies muss auch in Bezug auf Minderjährige gelten. Die Bewegungsfreiheit kann bei urteilsunfähigen und urteilsfähigen Minderjährige im Rahmen einer FU beschränkt werden, wenn die Voraussetzungen des nArt. 383 ZGB erfüllt sind.

In Bezug auf die Regelungskompetenz gibt es keine Hinweise auf eine abschliessende Kompetenz des Bundesgesetzgebers, so dass die Kantone weitere rechtliche Grundlagen, insbesondere im Wohn- und Pflegeheimbereich erlassen können.

## 7.3. Periodische Überprüfung (nArt. 431 ZGB)

Inwiefern die periodische Überprüfung auch im Bereich von Unterbringungen gemäss nArt. 314b Abs. 1 ZGB gilt, ist fraglich. Ziel der Anlehnung an die Bestimmungen der FU ist, wie erwähnt, der Ausbau des Rechtsschutzes für Einweisungen in geschlossene Einrichtungen oder psychiatrische Kliniken<sup>120</sup>. In Anbetracht der Tatsache, dass auch bei Platzierungen zur Familienpflege das Pflegeverhältnis gemäss Art. 10 PAVO mindestens einmal jährlich überprüft werden muss, erscheint die periodische Überprüfung auch bei weiter in die Rechtstellung von Minderjährigen eingreifenden Massnahmen als zulässig und anwendbar<sup>121</sup>.

## 8. Fazit und Ausblick

Aufgrund dieser ersten Einschätzungen ist die neue Regelung der FU i.e.S. weiter gefasst als diejenige der bisherigen FFE. Insbesondere ist offen, ob bzw. inwieweit der Anstaltsbegriff noch Gültigkeit hat. Damit wird auch der Adressatenkreis einer FU erweitert. Neu wird die medizinische Behandlung, welche bisher nicht zur FFE gehörte, sondern über kantonales Recht und ausnahmsweise über die polizeiliche Generalklausel<sup>122</sup> gewährleistet werden musste, ins neue Erwachsenenschutzrecht aufgenommen. Die Abgren-

zungsschwierigkeiten der medizinischen Massnahmen bei psychischer Störung zu den allgemeinen Vertretungsrechten ergibt eine Einschränkung des Anwendungsfeldes der nArt. 433 ff. ZGB auf psychiatrische Kliniken. Massgeblich hierfür ist der erst im Entwurf in der heutigen Fassung eingefügte nArt. 380 ZGB. Ähnliche Friktionen ergeben sich im Zusammenhang mit der sinngemässen Anwendung von nArt. 433 ff. ZGB bei Kindern im Rahmen von nArt. 314b Abs. 1 ZGB. Die weiteren Grundsätze wie Behandlungsplan, Vertrauensperson etc. bedeuten einen Nachvollzug der in aller Regel in der Praxis bereits bestehenden Instrumente. Sie werden nun aber gesetzlich verpflichtend.

Für die Umsetzung im Sinne des Gesetzgebers und damit mit dem Ziel Schutzes und der weitestmöglichen Selbstbestimmung von hilfsbedürftigen Personen ist es entscheidend, dass auch ausreichend Ressourcen zur Verfügung gestellt werden. Denn das revidierte Recht setzt höhere Massstäbe an beinahe alle Beteiligten und ist deshalb auch aufwendiger. Ohne diese zusätzlichen Ressourcen drohen diese wertvollen Neuerungen die Einrichtungen nur zusätzlich bürokratisch zu belasten. Damit wäre niemandem gedient.

Le présent essai contient une première analyse et appréciation des dispositions révisées ainsi que des nouveaux instruments relatifs au placement à des fins d'assistance (personne de confiance, plan de traitement, entretien de sortie, traitement consécutif). Il met en lumière, dans le cadre d'une première interprétation, non seulement le droit de la protection des adultes mais aussi l'importance du placement à des fins d'assistance dans le droit de la protection de l'enfant. Si l'on s'en réfère à la genèse de la loi, on peut partir du principe que dans la nouvelle réglementation, les dispositions relatives au placement à des fins d'assistance au sens strict ont un champ d'application plus étendu que l'ancienne PLFA (privation de liberté à des fins d'assistance). Le traitement médical, qui ne faisait pas partie de la PLFA, a été repris dans le nouveau droit (placement à des fins d'assistance au sens large). En raison des difficultés de distinction entre les mesures médicales en cas de troubles psychiques et les droits généraux de représentation en cas d'incapacité de discernement (art. 377 ss nCC), le champ d'application de l'art. 433 ss nCC est restreint aux cliniques psychiatriques. Des frictions semblables se créent en lien avec l'application par analogie aux enfants dans le cadre de l'art. 314b al. 1 nCC. Il ne correspond en effet pas à l'esprit et au but de la norme de renvoi du droit de protection de l'enfant que les traitements sans consentement aient pour effet d'ôter toute compétence aux personnes bénéficiant de la garde de l'enfant.

(trad. LT LAWTANK, Berne)

<sup>120</sup> Für das geltende Recht: LUSTENBERGER (FN 106), 28.

<sup>121</sup> So auch bereits Art. 315 Abs. 1 VE ZGB, der sich im Unterschied zum nArt. 315b ZGB nur auf die Behandlung von psychischen Störungen beschränkte.

<sup>122</sup> BGE 126 I 112; mit einer entsprechenden Kritik von MARKUS MÜLLER, Legalitätsprinzip – Polizeiliche Generalklausel – Besonderes Rechtsverhältnis, Gedanken zu einem neuen Bundesgerichtesentscheid betreffen die Frage der Zwangsmedikation im fürsorglichen Freiheitsentzug (BGE 126 II 112 ff.), in: ZBJV 2000, 725 ff.