

Brennpunkt Familienrecht

Festschrift
für Thomas Geiser
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Roland Fankhauser Ruth E. Reusser Ivo Schwander



Art. 437 ZGB – kantonales Einfallstor für medizinische Zwangsmassnahmen?

DANIEL ROSCH

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	461
II. Entstehungsgeschichte	463
III. Kantonale Ausprägung	465
IV. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	467
V. Einige ausgewählte Aspekte	469
A. Systematische Stellung	469
B. Zwecksetzung der Bestimmung	470
C. Grundlage für eine zwangsweise Vollstreckung?	471
D. Rechtstaatliche Einbettung	472
E. Präventive Eingriffe?	473
VI. Ausblick	475

I. Einleitung

Im revidierten Erwachsenenschutzrecht wurde die fürsorgerische Unterbringung (FU) grundsätzlich neu geregelt, auch wenn die Bestimmungen der vorrevidierten fürsorgerischen Freiheitsentziehung (FFE) aus dem Jahre 1978 durchwegs als zeitgemäss beurteilt wurden.¹ So wurde insbesondere auch an den generalklauselartig formulierten, interpretationsbedürftigen Einweisungsgründen festgehalten.² Zentrale Neuerungen waren, unter anderem, die Regelung der medizinischen Behandlung gemäss Art. 433 ff. ZGB auf Bundesebene vor dem Hintergrund, dass aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit einer FFE nicht auch die Behandlung der

¹ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001 ff., 7062; Bericht der vom Bundesamtes für Justiz im Hinblick auf die Revision des Vormundschaftsrechts eingesetzten Expertengruppe vom Juli 1995 (BERNHARD SCHNYDER/MARTIN STETTLER/CHRISTOPH HÄFELI), 116.

² Vgl. hierzu bereits THOMAS GEISER, Was haben die Bestimmungen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung gebracht?, in: Binswanger et al. (Hrsg.), Patient Patientenrecht, Droit des patients – quel diagnostic? Bern 1984, 177 ff., 179.

Erkrankung gerechtfertigt werden konnte,³ sowie die bewegungseinschränkende Massnahmen im Rahmen einer FU gemäss Art. 438 ZGB. Die Herausforderungen und Schwierigkeiten dieser Regelungen, die z.T. ausschliesslich auf Menschen mit psychischer Erkrankung abzielen, wurden an anderem Orte bereits thematisiert;⁴ jüngst durfte der Verfasser dieses Aufsatzes zusammen mit THOMAS GEISER einen diesbezüglichen Revisionsvorschlag einbringen.⁵

In diesem Aufsatz soll einzig die Bestimmung des Art. 437 ZGB betrachtet werden, eine Bestimmung, die THOMAS GEISER und den Verfasser wiederholt zu anregenden Diskussionen geführt hat. Es soll zunächst auf die Entstehungsgeschichte eingegangen werden, bevor die kantonalen gesetzlichen Ausprägungen zusammenfassend dargestellt werden. Danach erfolgt eine kurze Auseinandersetzung mit der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, bevor ausgewählte offene Punkte genauer beleuchtet werden. Diese Aspekte zeigen gleichzeitig auch den Handlungsspielraum und noch vielmehr die Grenzen der kantonalen Legiferierungsmöglichkeiten auf. Damit wird auch die im Titel aufgeworfene Frage einer genaueren Beantwortung zugeführt.

³ Vgl. BGE 118 II 254, E. 6; BGE 125 III 169, E. 3 f. Folge davon war, dass das kantonale Recht die Lücke schliessen musste; vgl. THOMAS GEISER, Die fürsorgerische Freiheitsentziehung als Grundlage für eine Zwangsbehandlung?, in: Gauch et al. (Hrsg.): Familie und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, 289 ff. Davon haben die Kantone aber sehr unterschiedlich Gebrauch gemacht; BSK ZGB I-GEISER, 4. Aufl., 2010, Vor Art. 397a-f N 7 ff.; THOMAS GEISER, Die medizinisch-therapeutische Behandlung und Zwangsmassnahmen im Lichte der geltenden Rechtslage und besonderer Berücksichtigung von vormundschaftlichen Fragestellungen, ZVW 2001, 225 ff., 237 ff., insb. auch zur kantonalen Ausgestaltung im Rahmen der FFE; ebenso THOMAS GEISER, Medizinische Zwangsmassnahmen bei psychisch Kranken aus rechtlicher Sicht, recht 2006, 91 ff., 99 ff.

⁴ DANIEL ROSCH, Die fürsorgerische Unterbringung im revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, AJP 2011, 505 ff., 505 ff.; DANIEL ROSCH, Medizinische Massnahmen im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung: Schnitt- und Nahtstellen, AJP 2014, 3 ff., 3 ff.; HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2014, Rz. 20.204; ESR Komm-GASSMANN, Art. 379/380 ZGB N 3; BSK ZGB I-EICHENBERGER/KOHLER, Art. 380 N 2; CHK-FANKHAUSER, Art. 380 ZGB N 2; FamKomm ESR-GUILLOD, Art. 426 ZGB N 56; PAUL-HENRI STEINAUER/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Droit de personnes physiques et de la protection de l'adulte, Bern 2014, Rz. 1383a f.; BENJAMIN DUBNO/DANIEL ROSCH, Die fürsorgerische Unterbringung, in: Rosch/Fountoulakis/Heck, Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Recht und Methodik für Fachleute, Bern 2016, Rz. 1463 ff., Rz. 1484 ff.; PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015, § 57 N 3 ff.; ZK-BOENTE, Art. 380 ZGB N 7 ff.

⁵ Vgl. THOMAS GEISER/DANIEL ROSCH, Zwangsmassnahmen im Kindes- und Erwachsenenschutz de lege lata und de lege ferenda, FamPra.ch 2017, 391 ff.

II. Entstehungsgeschichte

Art. 437 ZGB wurde erst im Entwurf aufgrund der Rückmeldungen im Vernehmlassungsverfahren eingefügt. Die definitive Fassung lautet:

V. Kantonales Recht

¹ *Die Kantone regeln die Nachbetreuung.*

² *Sie können ambulante Massnahmen vorsehen.*

Im Vorentwurf zum revidierten Recht wollte man noch auf die sog. ambulante Zwangsbehandlung verzichten. Diesbezüglich wurde wie folgt argumentiert:

«Auf die Möglichkeit einer ambulanten Behandlung einer psychischen Störung gegen den Willen der betroffenen Person soll verzichtet werden. Diese Massnahme würde verschiedene heikle Fragen aufwerfen und auch Anwendungsprobleme stellen, welche die ambulanten Dienste stark belasten könnten. Heute kennen nur wenige Kantone ausdrückliche Rechtsgrundlagen für eine ambulante Zwangsbehandlung, die mit dem geplanten neuen Erwachsenenschutzrecht dahinfallen würden, da die bundesrechtliche Regelung abschliessend ist. Die Praxis macht von dieser Massnahme nur wenig Gebrauch. Und nur ganz ausnahmsweise wird tatsächlich körperlicher Zwang eingesetzt, um die Massnahme durchzusetzen. Materiell handelt es sich deshalb eher um eine Weisung als um eine ambulante Zwangsbehandlung.»⁶

Befürchtet wurde somit, dass sich verschiedene schwierige Umsetzungsfragen stellen würden, welche die Massnahme für die Rechtspraxis grundsätzlich in Zweifel ziehen würde. Zudem wurde der Bedarf an ambulanten Massnahmen als gering betrachtet und vermerkt, dass die Regelung über die medizinischen Massnahmen gemäss Art. 433 ff. ZGB ohne eine entsprechende Bestimmung abschliessend wäre und somit kantonales Recht nicht mehr zum Tragen kommen würde. Offenbar war aber die Frage nach ambulanten Zwangsmassnahmen bereits in der Expertenkommission (konträr?) diskutiert worden⁷, ansonsten wäre sie wohl kaum derart ausführlich und prominent⁸ im Begleitbericht erschienen. Unter Umständen wollte man die Vernehmlassung auch nutzen, um die Reaktion und die diesbezügliche Einschätzung der Vernehmlassungsadressaten zu eruieren.

⁶ Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) vom Juni 2003, 16.

⁷ Vgl. CHRISTOPH HÄFELI, Grundriss zum Kindes- und Erwachsenenschutz, 2. Auflage, Bern 2016, Rz. 28.18.

⁸ Es wird bereits in der zusammenfassenden Einleitung darauf hingewiesen (vgl. Bericht VE 2003 [Fn. 6], 3).

Aufgrund der deutlichen Kritik in den Vernehmlassungsantworten wurde im Entwurf eine entsprechende Bestimmung in Art. 437 ZGB eingefügt, und zwar mit folgender Begründung:

«Der Vorentwurf wollte auf eine ambulante Behandlung ohne Zustimmung verzichten, u.a. weil heute nur wenige Kantone entsprechende Rechtsgrundlagen kennen. Zudem können ambulante Massnahmen gegen den Willen der betroffenen Person praktisch nicht durchgesetzt werden. Eine Anordnung ohne Sanktionsmöglichkeit ist aber weitgehend wertlos. Dieser Verzicht auf ambulante Massnahmen ist indessen in der Vernehmlassung stark kritisiert worden. Nicht in allen Fällen sei eine stationäre Behandlung notwendig. In gewissen heiklen Situationen psychischer Erkrankung, z.B. infolge eigenmächtigen Absetzens von Medikamenten oder intoxikationsbedingter Störungen, sei eine ambulante Massnahme für die betroffene Person weniger einschneidend und stigmatisierend als eine fürsorgerische Unterbringung. Es sei nicht systemkonform, ausgerechnet im Fall der Behandlung psychischer Störungen keine Abstufung von Massnahmen vorzusehen. Vorgeschlagen wird deshalb, diesen ernst zu nehmenden Bedenken mit einem ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts Rechnung zu tragen. Nach Absatz 2 regeln die Kantone die ambulanten Massnahmen. Das Gleiche gilt nach Absatz 1 für die Nachbetreuung, wenn eine Person aus der Einrichtung entlassen wird.»⁹

Die Botschaft scheint zwar auf die Vernehmlassungsantworten reagiert zu haben, indem er eine neue gesetzliche Grundlage für ambulante Zwangsmassnahmen¹⁰ geschaffen hat, seine Bedenken hat er aber beibehalten. Diese bestehen vorab darin, dass er an der Vollstreckung gegen den Willen der betroffenen Person zweifelt. Letzten Endes sieht er die Begründung darin, dass zur Vermeidung einer FU solche subsidiären Massnahmen im Einzelfall möglich sein sollen. Rechtstechnisch wird die Bestimmung als Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts gesehen, welches nun weniger weit eingreifende Massnahmen bestimmen könne.¹¹ Unterschieden wird zwischen einer Nachbetreuung, die Massnahmen nach der Entlassung aus einer FU betrifft, und ambulanten Massnahmen, die auch zur Vermeidung einer FU angeordnet werden können und in aller Regel medizinische Massnahmen betreffen.¹² Dabei beinhaltet Nachbetreuung – wie es der Wortlaut sagt – Betreuung und nicht medizi-

⁹ Botschaft Erwachsenenschutz (Fn. 1), 7071.

¹⁰ Zum Begriff der ambulanten Zwangsbehandlung aus Sicht des Bundesgerichts und zu deren Kritik: GEISER/ROSCH (Fn. 5), sowie hinten V. C.

¹¹ BSK ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 437 N 1.

¹² Zu den unterschiedlichen Terminologien im kantonalen Recht: ESR Komm-Rosch, Art. 437 ZGB N 2, N 8.

nische Behandlung.¹³ Diese kann aber mit ambulanten Massnahmen ergänzt werden. Die Chance der kantonalen Nachbetreuung besteht darin, dass der gesamte Prozess auch im Rahmen einer FU ganzheitlich so organisiert wird, dass mittels unterstützender Angebote ein Neueintritt vermieden werden kann.¹⁴

Im Parlament wurde die Bestimmung sodann auch konträr diskutiert. Umstritten waren insbesondere die ambulanten Zwangsmassnahmen in Bezug auf Sinn, Inhalt und Zulässigkeit.¹⁵ Zentrale Überlegung war, dass man in Bezug auf die Nachbetreuung, insb. aber auf die ambulanten Zwangsmassnahmen, eine kantonale Kompetenz sicherstellen wollte, sodass man nicht von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers ausgehen konnte.¹⁶ Zudem sprach die unterschiedliche kantonale Struktur der Kantone gegen eine Vereinheitlichung auf Bundesebene.¹⁷ Aus der Diskussion im Parlament ist ferner zu lesen, dass die zwangsweise Verabreichung von Medikamenten nicht zu den ambulanten Zwangsmassnahmen gehören sollte.¹⁸

Damit wurde eine Bestimmung ins Gesetz aufgenommen, welche den Kantonen grossen gesetzgeberischen Freiraum überlässt.¹⁹

III. Kantonale Ausprägung

Der kantonale Gesetzgeber ist hinsichtlich von Art. 437 ZGB nicht untätig geblieben. Vielmehr zeigen sich diverse unterschiedliche Konzepte und Überlegungen. Diese bunten föderalistischen Lösungen wurden an anderer Stelle in Bezug auf die deutschsprachigen Kantone dargestellt.²⁰ Die meisten zeichnen sich dadurch aus, dass sie zwischen Massnahmen im Nachgang einer FU (Nachbetreuung) und ambulanten Massnahmen, welche auch zur Verhinderung einer FU angeordnet werden, unterscheiden. Zudem kennen die Kantone – mit Ausnahme des Kantons Tessin und

¹³ BSK ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 437 N 6.

¹⁴ ESR Komm-Rosch, Art. 437 ZGB N 2; s.a. FamKomm ESR-GUILLOD, Art. 426 ZGB N 53.

¹⁵ Amtl. Bull. SR 2007 838 f.; Amtl. Bull. NR 2008 1533 ff.

¹⁶ Amtl. Bull. SR 2007 839; FamKomm ESR-GUILLOD, Art. 437 ZGB N 5; ESR Komm-Rosch, Art. 437 ZGB N 1.

¹⁷ Amtl. Bull. SR 2007 839.

¹⁸ Amtl. Bull. NR 2008 1535; so auch Rosch (Fn. 4), 512; Jürg Gassmann/René Bridler, Fürsorgerechte Unterbringung, in: Fountoulakis et al. (Hrsg.): Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2016, Rz. 9.1 ff., Rz. 9.200.

¹⁹ FamKomm ESR-GUILLOD, Art. 437 ZGB N 4 f.; Gassmann/Bridler (Fn. 18), Rz. 9.195.

²⁰ Vgl. ESR Komm-Rosch, Art. 437 ZGB N 8.

der Romandie – umfassende, aber nicht abschliessende Aufzählungen.²¹ Diese beinhalten folgende Aspekte:²²

- verpflichtende Beratung,²³
- Therapie,²⁴
- z.T. ärztliche Behandlung,²⁵
- Medikamenteneinnahme,²⁶
- Verzicht auf Suchtmittel,²⁷
- z.T. Verhaltensanweisungen,²⁸
- Meldepflichten,²⁹
- verpflichtende Kontrollen (z.B. Alkoholtest),³⁰ vereinzelt inkl. Ermächtigung, die Wohnung zu betreten,³¹
- Bestimmungen über den Aufenthalt bzw. Rayonverbote.³²

Darüber hinaus finden sich – wie bereits erwähnt – verschiedene Konzepte und Überlegungen, wie diese Massnahmen umgesetzt werden sollen. Dazu gehören insbesondere:³³

- *Die Frage der sachlichen Zuständigkeit:* In aller Regel ist das die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB)³⁴, teilweise aber auch Ärzte³⁵ oder die Einrichtung.³⁶

²¹ Der Kanton Tessin scheint keine spezifische Regelung vorzusehen. Auch die Kantone Genf, Waadt, Freiburg, Appenzell Ausserrhoden, Jura und Neuenburg kennen ausschliesslich eine allgemeine Norm ohne beispielhafte Aufzählung (vgl. Art. 59 LACC [GE], Art. 29 VPAA [VD], Art. 26 KESG [FR], Art. 60 EG ZGB, Art. 20 Loi sur les mesures et le placement à des fins d'assistance [JU] und Art. 33 LAPEA [NE]), die aber alle auf ärztliche Behandlungen bzw. Therapien abzielen.

²² ESR Komm-Rosch, Art. 437 ZGB N 8.

²³ Kt. AG, AI, BL, BS, GR, LU, OW, SG, SH, SO, SZ, UR.

²⁴ Kt. AG, AI, BL, BS, FR, GE, GR, LU, NE, NW, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, UR, VD, VS, ZG.

²⁵ Kt. BE, BL, BS, FR, GE, GL, GR, LU, NE OW, SO, TG, VD, ZG, ZH.

²⁶ Kt. AG, AI, BL, BE, FR, GL, NW, OW, SG, SH, SZ, TG, UR, VS, ZH.

²⁷ Kt. AG, AI, BL, GL, GR, LU, OW, SG, SH, SO, SZ, UR.

²⁸ Kt. BE, FR, GL, GR, SO, TG, VS, ZH.

²⁹ Kt. AI, BL, BE, GL, LU, NW, OW, SH, TG, VS, ZH.

³⁰ Kt. AG, AI, BL, BE, GL, GR, SO.

³¹ Kt. AR, AI, LU, OW, SG, SH, SZ.

³² Kt. SH, ZH.

³³ ESR Komm-Rosch, Art. 437 ZGB N 8.

³⁴ Kt. AG, AI, AR, BE, BL, BS, FR, GL, GR, LU, NW, OW, SG, SO, SZ, TG, UR, VS, ZG, ZH.

³⁵ Kt. AG, AI.

³⁶ Kt. AI.

- *Die Dauer der Massnahmen:* Diese dauern in der Regel zwei Jahre,³⁷ vereinzelt nur ein Jahr³⁸ oder sogar lediglich sechs Monate,³⁹ oder aber sogar drei Jahre.⁴⁰
- *Die Form:* In aller Regel ergehen sie in der Form einer Verfügung; einige Kantone sehen aber einvernehmliche Lösungen vor, insbesondere Vereinbarungen, welche subsidiär zum autoritativen Einschreiten mittels Verfügung erfolgen sollen.⁴¹

Zudem lassen es die meisten Kantone offen, ob unmittelbarer Zwang möglich ist. Ausnahme hiervon sind die Kantone, welche die zwangsweise Vollstreckung ausschliessen, und die Kantone Schaffhausen und Thurgau, die sie explizit zulassen.⁴² Nicht selten dürften solche Vollstreckungsmassnahmen entweder an der Praktikabilität oder an der Verhältnismässigkeit scheitern.⁴³

IV. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat sich bisher nur in Bezug auf einzelne Aspekte mit Art. 437 ZGB befassen können.

- BGer 5A_666/2013 vom 7. Oktober 2013: Das Bundesgericht definiert in diesem Entscheid die Nachbetreuung gemäss Art. 437 Abs. 2 ZGB. Diese bestehe mit Verweis auf die Kommentierung von GEISER/ETZENSBERGER⁴⁴ «in erster Linie aus freiwilligen Angeboten, die dem Betroffenen zur Verfügung stehen sollen, aber auch aus behördlichen Massnahmen, welche Beistandschaften und je nach Verhältnissen auch die eigene Vorsorge des Betroffenen mitumfassen»⁴⁵. Soweit ambulante Massnahmen auch im Rahmen der Nachbetreuung angeordnet würden, sei Art. 437 Abs. 2 ZGB anwendbar.⁴⁶ Zudem geht das Bundesgericht auf den Begriff der Zwangsbehandlung ein.⁴⁷

³⁷ Kt. BE, BL, GL, LU, OW, SH, SO, TG, ZG.

³⁸ Kt. AG, GR, UR.

³⁹ Kt. AG.

⁴⁰ Kt. NW.

⁴¹ So die Kt. AG, AI, AR, BL, GR, OW, SG, TG.

⁴² Kt. AG (mit der Möglichkeit der polizeilichen Zuführung); implizit ausgeschlossen, da die FU zu prüfen ist: Kt. BE, SH, ZH, BL, BS, GR.

⁴³ ESR Komm-Rosch, Art. 437 ZGB N 4; FamKomm ESR-GUILLOD, Art. 437 ZGB N 15; GASSMANN/BRIDLER (Fn. 18), Rz. 9.201; zurückhaltender: BSK ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 437 N 6, 8.

⁴⁴ BSK ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 437 N 6.

⁴⁵ BGer 5A_666/2013 vom 7. Oktober 2013, E. 3.1.

⁴⁶ BGer 5A_666/2013 vom 7. Oktober 2013, E. 3.1; ebenso BSK ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 437 N 6 f.

⁴⁷ Siehe hierzu GEISER/ROSCH (Fn. 5), 393 f. und hinten V. C.

- BGer 5A_356/2016 vom 8. Juni 2016, E. 5.2.3: Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid in Bezug auf § 99 KESV des Kantons Thurgaus angemerkt, dass es fraglich erscheine, ob eine Verordnung zur Legitimation von ambulanten Zwangsmassnahmen als gesetzliche Grundlage ausreichend sein könne.⁴⁸ Es hat die Frage aber letzten Endes aus formellen Gründen offengelassen.
- BGer 5A_386/2016 vom 27. Oktober 2016:⁴⁹ Das Bundesgericht hat sich im Sinne einer Vorprüfung die Frage gestellt, ob die Anordnung von ambulanten Zwangsbehandlungen überhaupt Gegenstand des Bundeszivilrechts ist. Das Bundesgericht bejaht dies und hält fest, dass sich der Entscheid auf der Grundlage der Gesetzesdelegation von Art. 437 Abs. 2 ZGB zwar auf dem Boden des kantonalen Rechts bewege, dass aber «die vom Kanton ausgesprochene Massnahme der Nachbetreuung eine solche des Erwachsenenschutzes ist und der entsprechende Entscheid ein solcher auf dem Gebiete des Erwachsenenschutzes darstellt»⁵⁰. Öffentliches Recht im Sinne von Art. 72 Abs. 2 lit a. BGG sei zudem auch als öffentliches kantonales Recht zu verstehen. Folglich falle die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ausser Betracht.⁵¹ Entsprechend sei auch das kantonale Verfahrensrecht anwendbar und nicht die Bestimmungen des ZGB zum Verfahren.⁵² Zu guter Letzt verweist das Gericht bei der Anwendung von Art. 437 Abs. 2 ZGB auf die Notwendigkeit einer *vollständigen und umfassenden* Interessenabwägung, wozu die Notwendigkeit der Behandlung, die Auswirkungen einer Nichtbehandlung, die Prüfung von Alternativen sowie die Beurteilung von Selbst- und Fremdgefährdung gehöre,⁵³ wobei insbesondere auch die langfristigen Nebenwirkungen einer zwangsweisen Behandlung mit Neuroleptika zu berücksichtigen seien.⁵⁴

Damit zeigt sich, dass neben ein paar wesentlichen Klärungen viele Aspekte noch nicht durch das höchste Gericht beurteilt werden konnten. Im Folgenden sollen einige offene Punkte betrachtet werden.

⁴⁸ So bereits GEISER (Fn. 3), 235.

⁴⁹ Vgl. auch THOMAS GEISER, Neuerungen im Personenrecht, Familienrecht und Erbrecht, plädoyer 2017, 46 ff., 52.

⁵⁰ BGer 5A_386/2016 vom 27. Oktober 2016, E. 2.2.

⁵¹ BGer 5A_386/2016 vom 27. Oktober 2016, E. 2.2 f.

⁵² BGer 5A_386/2016 vom 27. Oktober 2016, E. 3.1.

⁵³ BGer 5A_386/2016 vom 27. Oktober 2016, E. 3.2.2 mit Verweis auf BGE 130 I 16, E. 4 f.; nicht aber die Art und Weise der Information: vgl. BGer 5A_341/2016 vom 3. Juni 2016, E. 3.3.

⁵⁴ BGer 5A_386/2016 vom 27. Oktober 2016, E. 3.2.2.

V. Einige ausgewählte Aspekte

A. Systematische Stellung

Von der systematischen Stellung her ist Art. 437 ZGB bei den medizinischen Massnahmen bei psychischen Störungen eingefügt worden. Folglich können die Nachbehandlung und die ambulanten Massnahmen gemäss Art. 437 ZGB nur psychische Störungen betreffen.⁵⁵ Damit stehen sie – wie alle Bestimmungen der Art. 433 ff. ZGB – in einem Spannungsverhältnis zu den Einweisungsgründen des Art. 426 ZGB, welche auch die geistige Behinderung und die schwere Verwahrlosung vorsehen. Mit Art. 433 ff. ZGB hat der Gesetzgeber ein Sonderrecht geschaffen,⁵⁶ das Fragen der Rechtsgleichheit,⁵⁷ aber auch in vielerlei Hinsicht Umsetzungsfragen aufwirft.⁵⁸ So besteht im Rahmen von Art. 437 keine Delegationsnorm für somatische Erkrankungen; Gleiches gilt für die medizinische Behandlung urteilsunfähiger Menschen, welche in Art. 377 ZGB abschliessend geregelt wurde.⁵⁹

Demgegenüber wollen die Kantone teilweise Art. 437 ZGB auch auf andere Schwächezustände ausweiten, so die Kantone Aargau,⁶⁰ Basel-Stadt,⁶¹ Solothurn⁶² und Zug⁶³. Dies dürfte aufgrund der eindeutigen systematischen Stellung und der Materialien⁶⁴ schwierig zu vertreten sein. Es stellt sich aber die Frage, ob die Norm am richtigen Ort ist.⁶⁵ Wenn ambulante Massnahmen zum Ziele haben, im Einzelfalle schutzbedürftige Personen mit einem Schwächezustand vor einer FU zu bewahren, dann gibt es kaum eine sachgerechte Unterscheidung zwischen psychischer Störung

⁵⁵ ESR Komm-Rosch, Art. 437 ZGB N 1; FamKomm ESR-GUILLOD, Art. 437 ZGB N 8; CHRISTOPH BERNHART, Handbuch der fürsorglichen Unterbringung, Basel 2011, Rz. 778.

⁵⁶ Vgl. ESR Komm-Rosch, Art. 433–435 ZGB N 1; FamKomm ESR-GUILLOD, Art. 433 ZGB N 4; CHK-BREITSCHMID/MATT/PFANNKUCHEN-HEEB, Vorb. Art. 426–439 ZGB N 1.

⁵⁷ Vgl. BSK ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 433 N 5; bereits: GEISER (Fn. 3), 233 f.

⁵⁸ Siehe hierzu zuletzt: GEISER/ROSCH (Fn. 5), 391 ff.

⁵⁹ Vgl. BERNHART (Fn. 55), Rz. 786.

⁶⁰ § 67n EG ZGB: «[...] bei einer Person, die an einer psychischen Störung oder an geistiger Behinderung leidet oder schwer verwahrlost ist [...]».

⁶¹ § 14 KESG: «[...] bei einer Person, die an einer psychischen Störung oder an geistiger Behinderung leidet oder schwer verwahrlost ist [...]».

⁶² § 126 EG ZGB: «[...] bei einer Person, die an einer psychischen Störung oder an geistiger Behinderung leidet oder verwahrlost ist [...]». Hier findet offenbar sogar eine Ausweitung auf nicht schwer verwahrloste Personen statt.

⁶³ § 54 EG ZGB: «[...] die Person, die mutmasslich an einer psychischen Störung leidet oder schwer verwahrlost ist [...]». Hier wiederum scheint die Norm nicht auf geistig behinderte Menschen anwendbar zu sein. Zudem reicht eine mutmasslich vorhandene psychische Störung, was wenig hohe Anforderungen an die beweisrechtliche Situation stellt.

⁶⁴ Siehe Botschaft Erwachsenenschutz (Fn. 1), 7071.

⁶⁵ Vgl. ROSCH (Fn. 4), 6.

und geistiger Behinderung. Gleiches dürfte für die Nachbetreuung gelten, auch wenn der Bundesgesetzgeber ausschliesslich die Behandlung der psychischen Störung in einer psychiatrischen Klinik bei Art. 433 ff. ZGB geregelt hat. Insofern hätte diese kantonalrechtliche Delegation nach der hier vertretenen Auffassung unabhängig von der Behandlung einer psychischen Störung legiferiert werden müssen, zumal nicht nur medizinische Massnahmen, sondern auch «Betreuung» Art. 437 ZGB mitumfassen. Damit bedürfte es aber wiederum der Koordination mit den allgemeinen Bestimmungen gemäss Art. 377 ff. ZGB.

Nachbetreuungsmassnahmen und ambulante Massnahmen können sich grundsätzlich an urteilsfähige und urteilsunfähige Menschen richten, wobei es sich – soweit es um Weisungen geht – in der Regel um urteilsfähige Menschen handeln dürfte. Offen ist, inwiefern eine ambulante medizinische Zwangsmassnahme auch für urteilsfähige Menschen gelten kann. Meines Erachtens kann sie – vorbehältlich von Notfallsituationen – nicht weiter gehen als die Behandlung ohne Zustimmung gemäss Art. 434 ZGB, welche auf Menschen beschränkt ist, die in Bezug auf ihre Behandlungsbedürftigkeit urteilsunfähig sind.⁶⁶ Dies leitet sich aus der Höchstpersönlichkeit der medizinischen Behandlung ab.

B. Zwecksetzung der Bestimmung

Die kantonalen Regelungen weisen insbesondere bei den ambulanten Massnahmen eine grosse Unterschiedlichkeit auf. Das kann durchaus ein Zeichen für das Bestreben sein, Alternativen zur FU zu finden. Es kann aber auch dazu führen, dass mittels ambulanter Massnahmen in der Umsetzung versucht wird, sozial nicht erwünschtes Verhalten bzw. abweichendes Verhalten zu disziplinieren. Folglich muss sich der Rechtsanwender konsequent an die Zwecksetzung des Erwachsenenschutzes halten. Erwachsenenschutz will Wohl und Schutz der betroffenen hilfsbedürftigen Person⁶⁷ und nicht der Gesellschaft oder weiterer Dritter sicherstellen.⁶⁸ Art. 437 ZGB kann

⁶⁶ Vgl. Art. 434 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB; gl.M. BERNHART (Fn. 55), Rz. 787; ausnahmsweise kann bei einer kurz dauernden Massnahme bzw. bei Notfallsituationen auf das Kriterium der Urteilsfähigkeit verzichtet werden (ESR Komm-Rosch, Art. 437 ZGB N 4).

⁶⁷ Vgl. Art. 388 Abs. 1 ZGB.

⁶⁸ Auch wenn die FU an und für sich diesbezüglich zweischneidig ist, weil sie durchaus auch fremdgefährdende Elemente berücksichtigt (vgl. Art. 427 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB; Art. 434 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) und auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zuweilen diesen Aspekt sehr grosszügig auslegt (vgl. insb. BGE 138 III 593; BGer 5A_765/2015 vom 23. November 2015, E. 4.2 m.w.H.; BGer 5A_692/2015 vom 11. November 2015, E. 7.5); hierzu auch ausführlich: NORA BERTSCHI/BOAS LOEB, Schutz vor gefährlichem Verhalten? Zur Bedeutung von Fremdgefährdung im Erwachsenenschutzrecht, ZKE 2016, 263 ff., 263 ff.; anschaulich: OGer Kt. BE vom 23. Dezember 2016, in: ZKE 2017, 334 ff., E. 8.1.f.

zwar durchaus als Druckinstrument dienen,⁶⁹ die Bestimmung darf aber nicht als Nach- oder Umerziehung oder zur Disziplinierung angewendet werden. Ziel und Zweck ist der Schutz der hilfsbedürftigen Person, die an einem Schwächezustand leidet, unter weitest möglicher Berücksichtigung ihrer Selbstbestimmung.

Folgende Stufen der Zwangsbehandlung werden – unter Einhaltung der Zwecksetzung der Bestimmung – diskutiert:

- Weisungen als Druckmittel,
- polizeiliche Zuführungen zu einer Fachperson,
- (ambulante) Zwangsmedikation.⁷⁰

C. Grundlage für eine zwangsweise Vollstreckung?

Der Gesetzgeber hat mit Art. 437 ZGB ambulante Zwangsmassnahmen im kantonalen Recht zulassen wollen. Damit steht Art. 437 ZGB auch in einem Spannungsverhältnis zur zwangsweisen Vollstreckung.⁷¹ Zwar meint das Bundesgericht mit seinem offenen Begriff der Zwangsbehandlung durchaus auch Verhalten, das nicht im Kontext von unmittelbarem Zwang ist, z.B. bei einem Patienten, der nach einer tatsächlich vorgenommenen zwangsweisen Verabreichung von Medikamenten diese im weiteren Verlauf des Klinikaufenthalts «ohne Druck» bzw. «freiwillig» einnimmt.⁷² Dennoch kann auch mit dieser Definition die Grundlage für unmittelbaren Zwang gegeben sein. Dabei muss aufgrund der kantonalen Delegation auch kantonales Vollstreckungsrecht zur Anwendung kommen. In denjenigen Kantonen, in denen die Voraussetzungen für ambulante Zwangsmassnahmen nicht ausreichend bestimmt sind, wie z.B. in einigen Kantonen der Romandie, kann nach hier vertretener Auffassung mangels Bestimmtheit nicht in der materiellrechtlichen Norm die zwangsweise

⁶⁹ Vgl. PATRICK FASSBIND, *Erwachsenenschutz*, Zürich 2012, 346 ff.; ROSCH (Fn. 4), 6.

⁷⁰ RENÉ BRIDLER/JÜRIG GASSMANN, *Zukunft der Psychiatrie: ambulante Zwangsbehandlungen?*, ZKE 2011, 1 ff., 5 f.

⁷¹ Gemäss dem Bundesgericht sind Vollstreckung und Anordnung zu unterscheiden (BGer 5A_255/2017 vom 18. Mai 2017, E. 2.4).

⁷² BGer 5A_353/2012 vom 19. Juni 2002, E. 3.4.1; siehe weitere Konstellationen in: BGer 5A_356/2016 vom 8. Juni 2016, E. 5.2.1 sowie zuletzt in BGer 5A_255/2017 vom 18. Mai 2017, E. 2.4; Kritik bei GEISER/ROSCH (Fn. 5), 392 ff.

Vollstreckung mitverstanden werden.⁷³ Die kantonale Norm muss in Bezug auf die Bestimmtheit Art. 434 ZGB gleichkommen.⁷⁴

Da es sich bei unmittelbaren Zwangsmassnahmen um schwere grundrechtliche Eingriffe handelt,⁷⁵ bedarf es hierzu auch einer formalgesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht. Eine Verordnung – wie bereits erwähnt, z.B. im Kanton Thurgau, – ist nicht ausreichend.⁷⁶ Gleiches muss selbstredend für die kantonale Vollstreckungsnorm gelten, soweit die kantonale materiellrechtliche Norm nicht ausreichend bestimmt ist.

D. Rechtsstaatliche Einbettung

Rechtsstaatlich ist zunächst insbesondere die Überprüfungsmöglichkeit nach kantonalem Recht zu gewährleisten. Hierzu sind wie im gesamten Erwachsenenschutz Rechtsmittelinstanzen mit voller Kognition in einem raschen Verfahren (ähnlich der FU) zu gewährleisten.⁷⁷ Art. 7 der Biomedizinkonvention (ÜMB)⁷⁸ sowie Art. 12 Abs. 4 bzw. Art. 14 der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK)⁷⁹ sehen neben der Rechtsmittelinstanz auch ausreichende Aufsichts- und Kontrollverfahren vor. Dazu gehören eine ausreichende Informations- und Aufklärungspflicht der betroffenen Person bzw. der gesetzlichen Vertretung und eine entsprechende Dokumentationspflicht, wie sie z.B. das Erwachsenenschutzrecht für urteilsunfähige Menschen im Rahmen von medizinischen Massnahmen und im Rahmen von bewegungseinschränkenden Massnahmen vorgesehen hat.⁸⁰ Die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht hat das Bundesgericht – wie bereits dargelegt – bereits bestätigt.

⁷³ Vgl. hierzu die unterschiedlichen Sichtweisen in der Lehre bei: ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, Rz. 1480; GEISER (Fn. 3), 235; BGer 5A_255/2017 vom 18. Mai 2017, E. 2.4; GEISER/ROSCHE (Fn. 5), 398 ff.

⁷⁴ Art. 434 ZGB ist gemäss Bundesgericht ausreichend bestimmt für die Vollstreckung (BGer 5A_255/2017 vom 18. Mai 2017, E. 2.4.2 f., 2.5 f.).

⁷⁵ Vgl. BGer 5A_356/2016 vom 8. Juni 2016, E. 5.2.2; BGE 127 I 6, E. 5; BGE 130 I 16, E. 3; BGer 5A_666/2013 vom 7. Oktober 2013, E. 3.3; BGE 126 I 112, E. 3c.

⁷⁶ Siehe vorne IV. bzw. BGer 5A_356/2016 vom 8. Juni 2016, E. 5.2.3.

⁷⁷ BSK ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 437 N 13, ESR Komm-Rosch, Art. 437 ZGB N 7.

⁷⁸ Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin vom 4. April 1997 (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin), SR 0.810.2.

⁷⁹ Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006, SR 0.109.

⁸⁰ Vgl. Art. 377 ZGB, Art. 383 f. ZGB, aber auch Art. 433 ZGB.

E. Präventive Eingriffe?

Wie bereits aufgezeigt, haben sich ambulante und Nachbetreuungsmassnahmen strikte am Schutz und am Wohl der hilfsbedürftigen Person zu orientieren. Soweit die Massnahmen – wie in der Regel – zur Verhinderung einer (neuerlichen oder erstmaligen) FU dienen, haben sie mitunter auch präventiven Charakter. Damit stellt sich die Frage, wieweit sie in die Persönlichkeitsrechte eingreifen dürfen, und zwar in sachlicher, zeitlicher, personeller und räumlicher Hinsicht. Dabei ist dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen. Zunächst müssen die Massnahmen geeignet sein, um überhaupt ihr Ziel zu erreichen. Soweit sie zur Verhinderung einer FU gedacht sind, müssen sie eine FU vermeiden können. Sie müssen aber auch realistisch sein. Bei einer Weisung, wonach ein schwerstsuchtmittelabhängiger Mensch unmittelbar ohne Suchtmittel leben sollte, fehlt auch das fachliche Wissen im Umgang mit diesen Menschen. Soweit es sich um Zwangsmassnahmen handelt, müssen sodann auch die Folgen des Zwangs ambulant behandelt werden können, z.B. Hilfe zur Vermeidung von Traumatisierung. Zudem müssen die Massnahmen – soweit sie zur Verhinderung einer FU dienen – weniger weit eingreifend sein als eine FU selbst oder allgemein ausgedrückt: Es gibt keine weniger weit eingreifenden Massnahmen, die auch geeignet sind, wie z.B. freiwillige Massnahmen. Insofern gehen auch hier mögliche Interventionen zur Herstellung einer Compliance oder zur Krankheitseinsicht vor. Bevor hoheitliche Massnahmen Thema sein dürfen, ist zu prüfen, inwiefern methodische bzw. fachliche Interventionen noch möglich sind. Die Anordnung von ambulanten Massnahmen sollen nicht dazu führen, dass auf freiwillige Instrumente der Motivationsförderung und Verhaltensänderung vorschnell verzichtet wird.⁸¹ Sind freiwillige Massnahmen ausreichend, so bedarf es auch keiner ambulanten Massnahmen oder einer solchen der Nachbetreuung, es sei denn, es ist davon auszugehen, dass ohne die hoheitliche Anordnung die freiwillige Massnahme nicht ausreichend umgesetzt würde.⁸²

Im Rahmen von Art. 437 ZGB muss aber besonders dem Verhältnis von Eingriffszweck und -wirkung zur Nachachtung verholfen werden.⁸³ Dieses schützt insbesondere davor, dass bei zu geringer Gefährdungssituation mit zu starken staatlichen Eingriffen operiert wird, gewährleistet aber auch, dass der Schutz und die Gefährdungssituation ausgewogen erscheinen. Dieser Aspekt wird auch über Art. 7 ÜMB geschützt, wonach Zwangsmassnahmen nur zulässig sind, falls ohne Behandlung der

⁸¹ Vgl. BRIDLER/GASSMANN (Fn. 70), 14 f.

⁸² Insofern ist der Verweis des Bundesgerichts auf die Freiwilligkeit in 5A_666/2013 vom 7. Oktober 2013, E. 3.1 zu präzisieren.

⁸³ Teilweise wird diesem Aspekt der Verhältnismässigkeit auch Zumutbarkeit oder Verhältnismässigkeit im engeren Sinne genannt, vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 72), Rz. 555.

psychisch erkrankten Person ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden droht. Es geht somit um eine umfassende (wertebasierte) und vollständige Interessenabwägung, wie sie das Bundesgericht⁸⁴ im Rahmen von Art. 437 ZGB zu Recht deutlich herausstreicht.⁸⁵ Gerade bei Zwangsmassnahmen ist dabei dem zeitlichen Aspekt besondere Beachtung zu schenken.⁸⁶ Eine bis ans Lebensende angedachte, regelmässige zwangsweise ambulante Medikamenteneinnahme für eine krankheitsuneinsichtige Person dürfte hier ebenso wenig verhältnismässig sein wie die FU selbst. Gleiches gilt im Grundsatz auch bei Krankheitsverläufen, die zwar aktuell nicht eine grosse Gefährdung mit sich bringen, von denen man aber aus psychiatrischer Sicht weiss, dass sich die Situation bei frühzeitiger (regelmässiger und relativ dauerhafter) Zwangsmedikation entscheidend verbessert.

Somit geht es hier auch um die Abwägung von Wohl und Schutz unter Berücksichtigung der Selbstbestimmung nach Art. 388 Abs. 2 ZGB. Dies dürfte gerade bei schwer psychisch erkrankten Menschen schwierig sein. In Konstellationen, wo die betroffene Person nicht krankheitseinsichtig ist, die notwendigen Medikamente deutliche Nebenwirkungen haben, die (zwangsweise) Behandlung auf eine gewisse Dauer angelegt werden muss und der Verzicht auf die Behandlung andere psychische Krankheitsfolgen oder -verläufe (z.B. psychotischer Dekompensation) mit sich bringt,⁸⁷ stellt sich die Frage, inwieweit diese Selbstbestimmung möglich ist bzw. die Gesellschaft Selbstbestimmung zulässt, insbesondere wenn auch eine rechtmässig verfasste Patientenverfügung⁸⁸ von solchen Massnahmen absehen will. Dies sind Konstellationen, die je nach Werthaltungen, nach Rollen (Betroffene, Angehörige etc.) unterschiedlich gesehen und beantwortet werden. Sie können meines Erachtens nur im Einzelfalle – im Rahmen einer genauen (umfassend und vollständigen) interdisziplinären Interessenabwägung – beurteilt und entschieden werden. Diese Überlegungen müssen transparent gemacht werden, damit sie auch (kontrovers) diskutiert werden können.

⁸⁴ Das Bundesgericht verlangt beides: vollständig und umfassend.

⁸⁵ Siehe BGer 55A_386/2016 vom 27. Oktober 2016, E. 3.2.2.

⁸⁶ Hier ist das Bundesgericht in einem neuen Entscheid sehr grosszügig (vgl. BGer 5A_255/2017 vom 18. Mai 2017, E. 2.5 f.); Kritik bei: DANIEL ROSCH, Zwangsmedikation à discrétion?, in: dRSK vom 23. Juni 2017.

⁸⁷ Vgl. hierzu z.B. BGE 130 I 16, E. 4.

⁸⁸ Patientenverfügungen dürften im Rahmen von Art. 437 ZGB auch «nur» berücksichtigt werden analog zu Art. 433 Abs. 3 ZGB; gl.M. BRIDLER/GASSMANN (Fn. 70), 7.

VI. Ausblick

Damit zeigt sich, dass den Kantonen zwar im Rahmen von Art. 437 ZGB grosse gesetzgeberische Freiheiten ermöglicht wurden, von einem schrankenlosen Einfallstor für irgendwelche ambulanten medizinischen Zwangsbehandlungen aber nicht gesprochen werden kann.⁸⁹ Systematik, Zwecksetzung, Legalitätsprinzip, die rechtstaatliche Einbettung und insbesondere auch das Verhältnismässigkeitsprinzip setzen klare Schranken, welche auch der kantonale Gesetzgeber zu beachten hat. Davon unbenommen muss aber eine wertebasierte Diskussion darüber stattfinden, unter welchen Aspekten eine (dauerhafte) Zwangsbehandlung – ambulant oder stationär – überhaupt indiziert sein kann. Das kann nicht einzig eine juristische Diskussion sein, vielmehr muss sie auch interdisziplinär bzw. transdisziplinär geführt werden, wie es THOMAS GEISER bereits 1984 gefordert hat: «Eine interdisziplinäre Zusammenarbeit ist hier (Bezugnahme war die Voraussetzungen der FFE gemäss Art. 397a aZGB [Anm. des Verfassers]) unerlässlich, auch wenn sie sowohl dem Juristen als auch dem Arzt noch immer teilweise Mühe bereitet.»⁹⁰ Daran dürfte sich auch 33 Jahre später wenig geändert haben.

⁸⁹ Ein anschauliches Beispiel bietet OGer BE vom 23. Dezember 2016, in: ZKE 2017, 334 ff.

⁹⁰ GEISER (Fn. 2), 179.