

MEDIZINISCHE ZWANGSMASSNAHMEN BEI PSYCHISCH KRANKEN AUS RECHTLICHER SICHT¹

VON

PROF. DR. IUR. THOMAS GEISER, ST. GALLEN/BERN

Inhaltsübersicht

I.	Fragestellung	1.1.
II.	Ausgangslage	
1.	Grundsätze für den ärztlichen Heileingriff	2.1.
2.	Die Urteilsfähigkeit im Besonderen	2.6.
3.	Anwendung in der Praxis	2.10.
a.	In der somatischen Medizin	
aa.	Sowohl für Einwilligung wie auch für Verweigerung urteilsfähiger Patient	2.11.
bb.	Nur für die Einwilligung urteilsunfähiger Patient	2.15.
cc.	Nur für die Verweigerung urteilsfähiger Patient	2.17.
b.	In der Psychiatrie	
aa.	Sowohl für Einwilligung wie auch für Verweigerung urteilsfähiger Patient	2.18.
bb.	Für die Einwilligung urteilsunfähiger Patient	2.20.
cc.	Für die Verweigerung urteilsfähiger Patient	2.22.
III.	Rechtsgrundlagen für eine Zwangsbehandlung	3.1.
1.	Bundesrechtliche Grundlagen	3.6.
2.	Rechtsgrundlage im Kanton Bern	3.10.
3.	Würdigung der kantonalen Rechtsgrundlagen	3.17.
IV.	Folgerungen	4.1.

Literatur:

MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB Bd. I/1, Basel 1996;

ROLAND BREHM, Berner Kommentar, 1998;

PETER BREITSCHMID, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB Bd. I/2, Basel 1999;

ANDREAS BUCHER, Persones physiques et protection de la personnalité, Basel 1999;

EUGEN BUCHER, Berner Kommentar;

EUGEN BUCHER, Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, in: Arzt und Recht, BTJP 1984, Bern 1985, S. 39 ff.;

THOMAS GEISER, Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel 1990;

THOMAS GEISER, Die fürsorgliche Freiheitsentziehung als Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung? in Gauch/Schmid/Steinauer/Tercier/Werro, Familie und Recht, FS. für Bernhard Schnyder, Freiburg 1995, S. 289 ff.;

THOMAS GEISER, Die medizinisch-therapeutische Behandlung und Zwangsmassnahmen im Lichte der geltenden Rechtslage und besonderer Berücksichtigung von vormundschaftlichen Fragestellungen, ZVW 2001, S. 225 – 243;

¹ Vortrag gehalten am 11. April 2006 an einer Weiterbildungsveranstaltung der kantonalen Rekurskommission für fürsorgliche Freiheitsentziehung des Kantons Bern

THOMAS GEISER, in: Honsell/Vogt/Geiser, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd I, Basel 2002;
OLIVIER GUILLOD, Le consentement éclairé du patient, Diss. Neuchâtel 1986;
OLIVIER GUILLOD/KARL-LUDWIG KUNZ/CHRISTOPH ANDREAS ZENGER, Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit AIDS, Bern 1991;
JAQUES-MICHEL GROSSEN, Das Recht der Einzelpersonen, SPR Bd. II, Basel 1967, S. 385 ff.;
ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1998;
HANS HINDERLING, Die ärztliche Aufklärungspflicht, in: Ausgewählte Schriften, Zürich 1982, S. 51 ff.;
ERNST KRAMER, Berner Kommentar, 1991;
MORITZ KUHN, in Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 21 ff.;
DOMINIQUE MANAI, Les droits du patient face à la médecine contemporaine, Basel 1999;
MARKUS MÜLLER, Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung, das Epidemien-gesetz und die persönliche Freiheit, Diss. Bern 1991, Basel 1992;
MARKUS MÜLLER, Zum Erfordernis einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage für schwere Grundrechtseingriffe, recht 1994, S. 38 ff.;
JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, Bern 1999;
PETER NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955;
HANS MICHAEL RIEMER, Grundriss des Vormundschaftsrechts, Bern 1981;
BERNHARD SCHNYDER/ERWIN MURER, Berner Kommentar, 1984;
KARL SPÜHLER, Die Voraussetzungen der fürsorglichen Freiheitsentziehung bei Drogensüchtigen, ZBl 1993, S. 50 ff.;
PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984
ROLF H. WEBER, in: Honsell/Vogt/Weber (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR Bd. I, Basel 1996;
WOLFGANG WIEGAND, in Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, S. 119 ff.;

I. FRAGESTELLUNG

1.1. In den letzten Jahren hat die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine Person gegen ihren Willen oder jedenfalls ohne ihre Einwilligung ärztlich behandelt werden kann, sowohl die Rechtsprechung wie auch die Lehre beschäftigt. Überdies ist der Gesetzgeber tätig geworden und hat im Spezialbereich der Sterilisation Sondernormen erlassen. Im Rahmen der Revision des Erwachsenenschutzrechts (Vormundschaftsrecht) soll zudem die Frage neu geregelt werden.

1.2. In der rechtlichen Auseinandersetzung stand dabei die **psychiatrische Behandlung** im Vordergrund. In der täglichen Praxis spielt die Frage aber genauso in der **somatischen Medizin** eine Rolle, wenn es um die Behandlung urteilsunfähiger Personen geht, sei es dass diese unfall- oder krankheitsbedingt gar nicht mehr in der Lage sind, sich zu äussern, oder sei es dass sie bezüglich ihrer Äusserung zur Einwilligung oder zur Verweigerung der selben als urteilsunfähig angesehen werden müssen. Ähnliche Probleme tauchen bei der Behandlung von urteilsunfähigen Kindern auf.

1.3. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts² und nach herrschender Lehre³ ist der ärztliche Heileingriff eine Verletzung der Persönlichkeit des Patienten, selbst wenn er lege artis ausgeführt wird. Er ist deshalb rechtswidrig, soweit nicht ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Dies ist für den Bereich des Zivilrechts nicht zu bestreiten⁴. Auch wenn entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁵ der lege artis ausgeführte Heileingriff nicht als Körperverletzung angesehen würde, bliebe er bei fehlender Einwilligung eine Verletzung des Selbst-

² BGE 117 Ib 200.

³ KUHN, S. 45 f.; WIEGAND, S. 180.

⁴ Anders eventuell aus strafrechtlicher Sicht, weil dort der Persönlichkeitsschutz weniger weit geht.

⁵ BGE 117 Ib 200.

bestimmungsrechts des Patienten, welches von Art. 28 ZGB ebenso geschützt wird, wie die körperliche Integrität⁶.

1.4. Nach **Art. 28 Abs. 2 ZGB** ist eine **Persönlichkeitsverletzung nur rechtmässig**, wenn sie durch **Einwilligung** des Verletzten, durch ein **überwiegendes privates oder öffentliches Interesse** oder durch **Gesetz gerechtfertigt** ist. Es fragt sich in der Praxis immer wieder, wie nun vorgegangen werden kann, wenn eine Person für einen für ihre Gesundheit notwendigen oder nützlichen Eingriff die Einwilligung nicht erteilen kann oder ohne vernünftigen Grund verweigert.

II. AUSGANGSLAGE

1. Grundsätze für den ärztlichen Heileingriff

2.1. Die **Einwilligung stellt den wichtigsten Grund für die Rechtmässigkeit** eines Heileingriffs dar⁷. Nur in seltenen Fällen, namentlich bei gefährlichen, ansteckenden Krankheiten ist eine Zwangsbehandlung im Bundesrecht ausserhalb des Vormundschaftsrechts gesetzlich vorgesehen⁸. Demgegenüber kennen die Kantone entsprechende Gesetze, die allerdings regelmässig auf den psychiatrischen Bereich beschränkt sind. Diese föderalistische Aufteilung ist historisch durch den Umstand bedingt, dass das Spital- und das Gesundheitswesen grundsätzlich in die Zuständigkeit der Kantone fällt.

2.2. Sowohl als Folge einer psychischen wie auch einer somatischen Erkrankung und auf Grund unfallbedingter Körperschädigungen kann ein Patient urteilsunfähig sein. Es ist deshalb nicht möglich, seine Einwilligung einzuholen. Die "Einwilligung" einer urteilsunfähigen Person ist nichtig⁹. Wie bei einem **urteilsunfähigen Patienten** eine Heilbehandlung gerechtfertigt werden kann, ist eine Frage, die sich auch ausserhalb der Psychiatrie häufig stellt. Die Lehre und die Praxis behelfen sich auf verschiedene Weisen. Welche Vorgehensweise gewählt wird, dürfte dabei mehr von Zufälligkeiten abhängen, als von bestimmten dogmatischen Regeln¹⁰.

2.3. Zum einen wird auf den **mutmasslichen Willen** des Patienten abgestellt. Die Praxis des Bundesgerichts berechtigt den Arzt, sich mit dem Nachweis der mutmasslichen Einwilligung von der Haftung für einen durch den Eingriff entstandenen Schaden zu befreien. Sie lässt allerdings offen, ob die Widerrechtlichkeit des Eingriffs oder nur der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Arztes und dem Schaden entfällt¹¹. Richtiger Weise sollte allerdings der mutmassliche Wille zur *Rechtfertigung* ausreichen¹². Die Medizinalpersonen, welche den Eingriff vornehmen, haben abzuklären, ob der Patient in die Behandlung eingewilligt hätte, wenn er dazu in der Lage gewesen wäre. Bei der Abklärung dieses vermuteten Willens kommt den An-

⁶ BGE 117 Ib 200 ff. mit zahlreichen Hinweisen; E.BUCHER, BTJP 1984, S. 42; WIEGAND, Handbuch, S. 121 ff.

⁷ E. BUCHER, BTJP 1984, S. 42. Ob bereits die Persönlichkeitsverletzung als solche entfällt oder die Einwilligung die Verletzung rechtfertigt, ist dabei bloss eine Frage der dogmatischen Betrachtungsweise, welche am rechtlichen Ergebnis nichts ändert.

⁸ Vgl. insb. das BG über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz) vom 18. 12. 1970 [SR 818.101].

⁹ EUGEN BUCHER, Berner Kommentar, N 141 zu Art. 17/18 ZGB.

¹⁰ A.M. WIEGAND, Handbuch, S. 172 ff., der bei kasuell Urteilsunfähigen auf den hypothetischen Willen abstellen will, während bei habituell Urteilsunfähigen der gesetzliche Vertreter zu entscheiden habe.

¹¹ BGE 117 Ib 206 ff.; vgl. dazu auch GUILLOD, S. 85.

¹² Zur Begründung vgl. GEISER, FS Schnyder, S. 292 f.

gehören eine entscheidende Rolle zu¹³, weil sie den Patienten am besten kennen und damit auch seine Vorstellungen am genauesten wiedergeben können. Es geht aber nicht darum, den Patienten nach dem Willen der Angehörigen zu behandeln. Insofern erteilen diese auch nicht an seiner Stelle die Einwilligung.

2.4. Zum andern kann die Einwilligung statt vom Patienten selber, von seinem **gesetzlichen Vertreter** erteilt werden. Für das urteilsunfähige Kind willigen die Eltern in eine Heilbehandlung ein¹⁴. Beim urteilsunfähigen Bevormundeten genügt die Einwilligung des Vormundes¹⁵. Gegebenenfalls kann auch ein Beistand bei Urteilsunfähigkeit der verbeiständeten Person die Einwilligung in einen Heileingriff erteilen, was insbesondere bei betagten Personen von praktischer Bedeutung sein kann. Ist (noch) kein gesetzlicher Vertreter bestellt, kann die Vormundschaftsbehörde nach Art. 386 Abs. 1 ZGB selber entscheiden¹⁶. Allerdings ist diese Bestimmung nur anwendbar, wenn ein Entmündigungsverfahren hängig ist¹⁷. Steht demgegenüber eine Entmündigung gar nicht zur Diskussion, so muss sich das Handeln der Vormundschaftsbehörde auf Art. 392 ZGB stützen¹⁸. Bei zeitlicher Dringlichkeit ist dies indes regelmässig auch nicht rechtzeitig möglich, so dass überhaupt keine tatsächlich erteilte Einwilligung beigebracht werden kann. Der Arzt hat dann gemäss dem mutmasslichen Willen des Patienten die medizinisch gebotenen Handlungen vorzunehmen¹⁹.

2.5. Die gesetzliche Vertretung ist immer **im Interesse der betroffenen Person** auszuüben. Der Vertreter hat wegen des höchstpersönlichen Charakters einer Heilbehandlung zu beachten, welchen Willen der Vertretene äusserte, als er noch urteilsfähig war²⁰. Insofern ist auch für die Einwilligung durch den gesetzlichen Vertreter auf den mutmasslichen Willen des Patienten abzustellen. Gewisse Abweichungen können sich allerdings beim Unmündigen aus dem Erziehungsauftrag der Eltern bzw. des Vormundes ergeben²¹. Beim erwachsenen Mündel besteht indessen dieser Erziehungsauftrag nicht. Der Unterschied zu den Fällen, in denen der Arzt seinen Eingriff mit dem mutmasslichen Willen des Patienten rechtfertigt, besteht im wesentlichen nur in der Frage, *wer* diesen Willen bestimmt.

2. Die Urteilsfähigkeit im Besonderen

2.6. Entscheidende Bedeutung kommt damit der Frage zu, ob der Patient urteilsfähig ist und damit selber über die Heilbehandlung bestimmt oder ob jemand anderer in seinem Interesse und nach seinem mutmasslichen Willen zu entscheiden hat. Was unter Urteilsfähigkeit zu verstehen ist, wird in Art. 16 ZGB definiert. Dabei verwendet das Gesetz eine negative Umschreibung, in dem es festhält, dass nicht urteilsfähig ist, wem wegen seines Kindesalters, Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit fehlt, vernunftgemäss zu handeln. Für die Psychiatrie ist die **Umschreibung der Gründe für die Urteilsunfähigkeit** weitgehend unproblematisch. Eine psychiatrische Behandlung setzt in aller Regel eine psychische Erkrankung voraus. Sehr viel heikler ist die Sache, wenn es um eine somatische Behandlung geht und jede Einsicht in die Notwendigkeit einer Behandlung fehlt. Fehlt es an der Fähigkeit, diesbezüglich vernunftgemäss zu handeln, so bleibt die Frage,

¹³ E. BUCHER, BTJP 1984, S. 45.

¹⁴ HINDERLING, S. 74; E. BUCHER, BTJP 1984, S. 44.

¹⁵ GEISER, FS Schnyder, S. 291.

¹⁶ HINDERLING, S. 74; BREITSCHMID, N. 10 zu Art. 386 ZGB.

¹⁷ BREITSCHMID, N. 3 zu Art. 386 ZGB.

¹⁸ SCHNYDER/MURER, N. 36 zu Art. 392 ZGB.

¹⁹ WIEGAND, Handbuch, S. 173.

²⁰ Vgl. E. BUCHER, Berner Kommentar, N 209 zu Art. 19 ZGB.

²¹ Vgl. dazu GEISER, FS Schnyder, S. 294.

ob dieses Fehlen auf eine Geisteskrankheit oder Geistesschwäche zurück zu führen ist, oder ob es dafür auch andere Gründe geben kann.

Nach dem Gesetzestext handelt es sich bei den Gründen²² und dem Fehlen der Fähigkeit Vernunftgemäss zu handeln, um **zwei selbständige Voraussetzungen**. Das setzt aber voraus, dass nicht nur beide gegeben oder beide fehlen können. Es muss vielmehr auch möglich sein, dass die eine gegeben ist, die andere aber fehlt. Es scheint aber äusserst fraglich, ob es an der Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, fehlen kann, *auch ohne dass einer der im Gesetz genannten Gründe vorliegt*. Aus dem Gesetzestext muss jedenfalls abgeleitet werden, dass der blosser Umstand, dass die Entscheidung einer Person als unsinnig erscheint, noch nicht auf eine Urteilsunfähigkeit schliessen lässt.

2.7. Die Fähigkeit selber, kann in **vier Erfordernisse** unterteilt werden, welche kumulativ erfüllt sein müssen²³:

1. **Verstandesgemässes Erkennen der Lage:** Die Betroffene Person muss die konkrete Lage richtig Erkennen können. Hier spielt allenfalls die Aufklärung durch die behandelnden Ärzte eine Rolle.
2. **Verstandesgemässe Einschätzung der Lage:** Die Betroffene Person muss überdies auch beurteilen können, was diese Erkenntnis bedeutet, wie diese Informationen zu beurteilen sind. Daraus ergeben sich Handlungsoptionen.
3. **Freie Willensbildung:** Die Betroffene Person muss auf Grund dieser Erkenntnisse die verschiedenen möglichen Handlungsziele gegeneinander abwägen und sich für eines oder mehrere entscheiden können. Schliesslich muss sie sich durch ein Abwägen der verschiedenen Vor- und Nachteile für eine Handlungsoptionen entscheiden können.
4. **Freie Willensbetätigung:** Schliesslich muss sie auch noch in der Lage sein, diesen Willen umzusetzen. Sie muss einem entgegenstehenden Druck in einem gewissen Masse widerstehen können. Es liegt allerdings auf der Hand, dass hier eine gewisse Grauzone besteht. Blosser Wankelmut lässt die Urteilsfähigkeit noch nicht entfallen. Vielmehr muss es sich um eine eigentliche Willensschwäche handeln²⁴.

2.8. Die **Urteilsfähigkeit** ist im schweizerischen Recht **insofern relativ**, als je nach Art der vorzunehmenden Rechtshandlung an sie unterschiedliche Anforderungen zu stellen sind²⁵. Bei der Ausübung von Persönlichkeitsrechten ist insoweit zu differenzieren, als bei der *Verweigerung* einer Einwilligung an die Urteilsfähigkeit niedrigere Voraussetzungen zu stellen sind, als bei *Erteilung* der Einwilligung²⁶. Es sind deshalb nicht zwei, sondern drei Sachverhalte zu unterscheiden: Es kann eine gültige Einwilligung des Patienten gegeben sein, es kann eine gültige Verweigerung der Einwilligung vorliegen, obgleich der Patient nicht gültig einwilligen könnte, und der Patient kann weder in die eine noch in die andere Richtung seinen Willen gültig geäussert haben²⁷. Demgegenüber ist nicht vorstellbar, dass ein Patient für die Einwilligung, nicht aber für die Behandlungsverweigerung urteilsfähig ist. Der Eingriff ist in jedem Fall mit komplexeren Folgen verbunden, als dessen Unterlassen. Daran mag der Umstand nichts zu ändern, dass aus der Sicht der medizinischen Wissenschaft ein Eingriff sinnvoll, ja sogar als unbedingt geboten erscheinen mag. Die Urteilsfähigkeit lässt sich nicht da-

²² Kindesalter, Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnliche Zustände.

²³ Vgl. **BIGGLER-EGGENBERGER**, N. 6 ff. zu Art. 16 ZGB; zur detaillierten Aufteilung der einzelnen Elemente vgl. **E.BUCHER**, N. 45 ff. zu Art. 16 ZGB.

²⁴ **BIGGLER-EGGENBERGER**, N. 12. zu Art. 16 ZGB.

²⁵ **E. BUCHER**, Berner Kommentar, N 87 ff. zu Art. 16 ZGB.

²⁶ **E. BUCHER**, N 105 zu Art. 16 ZGB; **MANAI**, S. 174; Schliesslich ist die Urteilsfähigkeit auch je nach Bedeutung und Risiko des Eingriffs unterschiedlich zu beurteilen.

²⁷ **GEISER**, FS Schnyder, S. 293.

mit begründen, ein Entscheid sei im Ergebnis objektiv sinnvoll²⁸. Ebenso wenig ist jemand bloss deshalb als urteilsunfähig anzusehen, weil er sich weigert, eine sinnvolle Behandlung vornehmen zu lassen. Dabei kann sehr wohl Angst ein zulässiges Motiv für die Verweigerung sein²⁹. Erst wenn diese eine derart dominierende Bedeutung für den Patienten einnimmt, dass sie als eigentliche Obsession betrachtet werden muss, kann sich daraus eine Urteilsunfähigkeit ergeben³⁰.

2.9. Die **Urteilsfähigkeit** ist **nicht abgestuft**. Für ein bestimmtes Rechtsgeschäft ist sie **gegeben oder sie fehlt**. Eine beschränkte oder teilweise Urteilsfähigkeit für ein bestimmtes Rechtsgeschäft gibt es nicht. Anders verhält es sich im Strafrecht mit der Zurechnungsfähigkeit.

3. Anwendung in der Praxis

2.10. Die dargelegten Grundsätze gelten unabhängig davon, ob eine somatische oder eine psychische Erkrankung zur Diskussion steht. Die Praxis scheint allerdings zu differenzieren.

A. IN DER SOMATISCHEN MEDIZIN

aa. Sowohl für Einwilligung wie auch für Verweigerung urteilsfähiger Patient

2.11. Ist der Patient urteilsfähig, so ist sein Entscheid in jedem Fall zu respektieren³¹. Weil die Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung die Ausübung eines (relativ³²) höchstpersönlichen Rechts darstellt, ist die Entscheidung des Urteilsfähigen auch zu respektieren, wenn dieser unmündig oder entmündigt ist³³. Das gilt bezüglich der Zustimmung jedenfalls solange, wie es sich um eine Heilbehandlung handelt. Fraglich kann sein, ob die Zustimmung des urteilsfähigen Unmündigen zu einer Schönheitsoperation ausreicht oder ob hier auch die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter gegeben sein muss. Bezüglich reversibler empfangnisverhütender Massnahmen genügt die Zustimmung der urteilsfähigen Person.

2.12. Eine absolute Schranke bildet allerdings auch gegenüber dem urteilsfähigen Patienten insofern die medizinische Erkenntnis, als nicht jede Einwilligung einen medizinisch *kontraindizierten* Eingriff mit gesundheitsschädigenden Folgen zu rechtfertigen vermag. In eine Tötung kann nie rechtsgültig eingewilligt werden³⁴. Überdies kann das Motiv der Einwilligung diese als **unsittlich oder rechtswidrig** erscheinen lassen, so dass ihre Rechtswirksamkeit entfällt³⁵. Das ergibt sich allerdings nicht aus Art. 27 ZGB, der die Bindung betrifft³⁶, sondern

²⁸ MANAI, S. 174; GEISER, FS Schnyder, S. 294.

²⁹ A.M. WIEGAND, S. 172, der sich insoweit fälschlicher Weise auf E. BUCHER, BTJP 1984, S. 44, beruft. So wohl auch E. BUCHER, BTJP 1984, S. 44.

³⁰ WIEGAND, S. 171.

³¹ „Relativ“, weil für den *Urteilsunfähigen* der gesetzliche Vertreter handeln kann und damit eine Vertretung möglich ist. Zum Begriff vgl. E. BUCHER, N 206 ff. zu Art. 19 ZGB; BIGLER-EGGENBERGER, N. 33 zu Art. 19 ZGB. Demgegenüber handelt es sich um „absolute“ höchstpersönliche Rechte im Sinne von A. BUCHER, Rz. 154 ff., der darauf abstellt, ob der *Urteilsfähige* die Rechte alleine oder nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters ausüben kann. Unklar demgegenüber: JACQUES-MICHEL GROSSEN, SPR Bd. II, S. 328 f.

³² E. BUCHER, BTJP 1984, S. 43.

³³ NOLL S. 76 ff.; GEISER, Kunstwerke, Rz. 9.11.

³⁴ TERCIER, Rz. 632 ff.

³⁵ Vgl. E. BUCHER, N 103 zu Art. 27 ZGB; anders noch TERCIER, Rz. 632.

aus den Art. 19 und 20 OR, welche über die Gesamtverweisung von Art. 7 ZGB auch ausserhalb des Vertragsrechts Anwendung finden³⁷.

2.13. Diese Überlegungen lassen sich **nicht auf die Verweigerung eines Eingriffs übertragen**³⁸. Die Ungültigkeit der Einwilligung hat zur Folge, dass die Handlung des die Behandlung vornehmenden Arztes trotz Einwilligung rechtswidrig ist. Demgegenüber wird die Unterlassung der Behandlung durch den Arzt nicht rechtswidrig, wenn der Patient sie ausdrücklich ablehnt, selbst wenn diese Ablehnung als rechtlich unverbindlich anzusehen ist. Das Verhalten des Arztes wäre nur rechtswidrig, wenn er eine Handlungspflicht hätte. Eine solche besteht aber in aller Regel nicht. Anders verhält es sich nur, wenn ausnahmsweise eine Gesetzesnorm ihm eine Handlungspflicht auferlegt. Dann befinden wir uns aber im Bereich einer gesetzlich angeordneten Zwangsbehandlung.

2.14. Eine Behandlung **gegen den rechtlich relevanten Willen** des Patienten ist nur zulässig, wenn eine entsprechende gesetzliche Grundlage gegeben ist, was im Bereich der somatischen Krankheiten insbesondere im Bereich der Epidemienbekämpfung der Fall ist³⁹.

Es fragt sich ob **Art. 52 OR (Notstand)** eine entsprechende Rechtsgrundlage darstellen kann, wenn mit der Behandlung des Patienten gegen seinen Willen Rechtsgüter anderer Personen geschützt werden können. Eine solche Möglichkeit entfällt m.E. schon deshalb, weil Art. 52 Abs. 1 OR nach seinem Wortlaut nur den Eingriff in das Vermögen⁴⁰, nicht auch in die Persönlichkeit regelt⁴¹. In Ausnahmefällen werden allerdings **überwiegende Interessen Dritter** im Sinne von **Art. 28 Abs. 2 ZGB** einen Eingriff rechtfertigen können⁴². In Frage kommen indessen nur Persönlichkeitsrechte und nicht blosse Vermögensrechte, weil diese von unserer Rechtsordnung in jedem Fall als weniger Bedeutend angesehen werden. Auch soweit es um den Schutz fremder Persönlichkeitsrechte geht, bleibt immer zu klären, ob diese nicht auf andere Weise als durch den Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Patienten geschützt werden kann. Soweit der Krankheitszustand den Umgang mit dem Patienten als wenig zumutbar erscheinen lässt, wird den betroffenen Dritten regelmässig zugemutet werden können und müssen, auf den Umgang zu verzichten. Der Schutz der Öffentlichkeit erfolgt nicht über Art. 28 Abs. 2 ZGB sondern durch das Polizeirecht, zudem auch die Seuchengesetzgebung gehört.

bb. Nur für die Einwilligung urteilsunfähiger Patient

2.15. Ist der Patient mit Bezug auf die Erteilung der Einwilligung urteilsunfähig, so ist - wie dargestellt - unabhängig davon, ob ein gesetzlicher Vertreter bestellt worden ist oder nicht, auf den **mutmasslichen Willen** abzustellen. Damit sind aber auch Patiententestamente zu respektieren, sofern sie im Zustand der Urteilsfähigkeit errichtet worden und für den konkreten Fall schlüssig sind. An diese ist sowohl der auf den mutmasslichen Willen des Patienten abstellende Arzt wie auch der gesetzliche Vertreter gebunden, der an Stelle des urteilsunfähigen Patienten die Zustimmung abgibt. Soweit ausnahmsweise eine Gesetzesbestimmung eine Behandlung auch gegen den Willen des Patienten zulässt, kann selbstverständlich auch die urteilsunfähige Person behandelt werden.

³⁷ KRAMER, N. 11 zu Art. 19-20 OR.

³⁸ Vgl. GEISER, ZVW 2001, S. 231, Rz. 2.9.

³⁹ Vgl. dazu MARKUS MÜLLER, pass.

⁴⁰ „Fremdes Vermögen“, „cosa“, „biens“ im Gegensatz zu „personne“ und „biens“ in Art. 52 Abs. 2 OR.

⁴¹ TERCIER, Rz. 660; GUILLOD, Gutachten, S. 265; vgl. aber das obiter dictum in BGE 101 II 197; BREHM, N. 44 zu Art. 52 OR mit weiteren Hinweisen.

⁴² In der Lehre ist allerdings umstritten, ob die Interessen privater Dritter angerufen werden können, vgl. TERCIER, Rz. 682 ff.; GUILLOD, Gutachten, S. 269. Vgl. demgegenüber mit ausführlicher Begründung: GEISER, Kunstwerke, Rz. 9.33. ff.

2.16. Diese Regeln sind anwendbar, wenn der Patient überhaupt keinen Willen mehr äussern kann. Soweit der Patient in der Lage ist, seinen Willen kund zu tun, muss aufgrund der Relativität der Urteilsfähigkeit geprüft werden, ob er in der Lage ist die Bedeutung und Tragweite des konkreten Eingriffs zu erfassen und dieser Erkenntnis gemäss zu handeln. Dies ist bezüglich der *Einwilligung* bei einer Behandlung, welche medizinisch notwendig ist, rascher gegeben, als bei einem Eingriff, der nur als nützlich erscheint. Die **klare medizinische Indikation** macht den Entscheidprozess einfacher erfassbar, womit die Urteilsfähigkeit auch schneller zu bejahen ist. Entsprechend kann ein Jugendlicher unter Umständen ohne weiteres selber in eine notwendige Operation einwilligen hingegen nicht in eine Schönheitsoperation.

cc. Nur für die Verweigerung urteilsfähiger Patient

2.17. Ist der Patient nicht in der Lage die Bedeutung des Eingriffs zu begreifen und kann er deshalb nicht gültig in die Behandlung einwilligen, so bedeutet dies noch nicht, dass sein Wille, den Eingriff *nicht* vorzunehmen, unbeachtlich wäre. Es kann nämlich sehr viel einfacher sein, zu beurteilen, ob der eigene bisherige Gesundheitszustand tragbar ist, als über die Folgen einer Veränderung zu urteilen⁴³. Verhält sich die Person dann gegenüber dem Eingriff indifferent, gelten die für die Behandlung einer urteilsunfähigen Person aufgeführten Grundsätze⁴⁴. Verweigert demgegenüber die zu behandelnde Person den Eingriff, so ist diesfalls dieser Wille zu respektieren. Eine Heilbehandlung ist dann nur zulässig, wenn ausnahmsweise eine gesetzlich Grundlage für eine Zwangsbehandlung besteht. Selbstverständlich lässt sich auch hier die Urteilsfähigkeit bezüglich der Verweigerung nur aufgrund des konkreten Eingriffs beurteilen.

B. IN DER PSYCHIATRIE

aa. Sowohl für Einwilligung wie auch für Verweigerung urteilsfähiger Patient

2.18. Es besteht keinerlei Grund den urteilsfähigen Psychiatriepatienten anders zu behandeln, als den somatisch Kranken. Auch hier ist der **rechtsgültig geäusserte Wille** grundsätzlich **ohne Einschränkung zu respektieren**, sofern nicht *besondere* Normen ausnahmsweise eine Zwangsbehandlung zulassen⁴⁵. Wie bei somatischen Krankheiten lassen sich auch psychiatrische Behandlungen gegen den Willen des Urteilsfähigen weder mit dem Notstand noch mit den überwiegenden Interessen Dritter im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ZGB rechtfertigen. Zu beachten ist hier ganz besonders, dass mit der fürsorgerischen Freiheitsentziehung ein für die Umgebung unzumutbarer Kontakt unterbunden werden kann, ohne dass auf eine Behandlung zurückgegriffen werden muss⁴⁶. Weil der Gesetzgeber mit den Bestimmungen über die Fürsorgerische Freiheitsentziehung keine Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung schaffen wollte, kann im blossen Umstand, dass der Patient sich in der Klinik aufhält, auch noch keine Verpflichtung der Ärzte alle Krankheiten dieses Patienten zu behandeln, begleitet werden.

2.19. Die besondere Problematik bei der psychischen Erkrankung liegt in der **Beurteilung der Urteilsfähigkeit**. Die Krankheit kann die Urteilsfähigkeit bezüglich des Entscheides über die Behandlung beeinträchtigen. Allerdings darf ebensowenig wie beim somatisch Kranken⁴⁷ beim Psychiatriepatienten schon aus der blossen möglicherweise aus medizinischer Sicht un-

⁴³ Vorn Rz. 2.8.

⁴⁴ Vorn Rz. 2.11. ff.

⁴⁵ Dazu vgl. hinten Rz. 3.11. ff.

⁴⁶ Vgl. GEISER, FS Schnyder, S. 295.

⁴⁷ Vorn Rz. 2.8.

sinnigen Verweigerung einer Behandlung auf seine Urteilsunfähigkeit geschlossen werden. Diese muss sich vielmehr aus weiteren Umständen ergeben.

bb. Nur für die Einwilligung urteilsunfähiger Patient

2.20. Dieser Fall bringt gegenüber der Rechtslage beim somatischen Patienten **keine Besonderheiten**. Im Bereich der stationären Behandlungen, wird ein Eingriff in jedem Fall nur in Frage kommen, wenn dieser sich medizinisch als *notwendig* erweist. Es ist zu vermuten, dass eine solche Behandlung im mutmasslichen Willen des Patienten liegt. Wohl nur bei ambulanten Behandlungen kann sich in der Praxis die Frage stellen, ob die Behandlung tatsächlich notwendig ist. Wenn namentlich bei Jugendlichen oder geistig leicht behinderten Personen die Urteilsfähigkeit für die Einwilligung fraglich erscheint, läuft der Therapeut Gefahr, mit der Behandlung eine rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung zu begehen.

2.21. Zu beachten ist, dass solche Behandlungen lange dauern und teuer sein können. Überdies werden sie zum Teil nicht von den Krankenkassen übernommen. Der Entscheid, eine solche Behandlung vorzunehmen hat somit auch weitreichende finanzielle Folgen. Den Auftrag mit dem Arzt bzw. der Ärztin kann der Patient aber selbständig und ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters schliessen, sofern er urteilsfähig ist⁴⁸. Die Erkenntnis über die wirtschaftlichen Auswirkungen ist bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit mitzubersichtigen.

cc. Nur für die Verweigerung urteilsfähiger Patient

2.22. Im Bereich der Psychiatrie von grosser Bedeutung ist die Frage, wie vorzugehen ist, wenn zwar die Urteilsfähigkeit für die Einwilligung nicht gegeben ist, jedoch diese für die Verweigerung der Behandlung nicht abgesprochen werden kann. Es besteht kein Grund, diesfalls Psychiatriepatienten anders zu behandeln als somatische. Damit ist in diesen Fällen die Behandlung nicht möglich, soweit nicht ausnahmsweise eine Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung besteht. Wie aufgezeigt⁴⁹ kann hier der ärztliche Eingriff nicht mit der mutmasslichen Einwilligung gerechtfertigt werden und auch der gesetzliche Vertreter hat bei seinem Handeln für die vertretene Person deren mutmasslichen Willen zu respektieren, so dass er nicht einwilligen darf. Um so mehr ist der tatsächlich geäusserte Wille zu achten.

III. RECHTSGRUNDLAGEN FÜR EINE ZWANGSBEHANDLUNG

3.1. Eine Behandlung gegen den Willen der betroffenen Person ist somit sowohl im somatischen wie auch im psychischen Bereich nur möglich, soweit **das Gesetz dafür eine Rechtsgrundlage vorsieht**. Das ergibt sich zivilrechtlich aus dem Umstand, dass ein Eingriff in ein Persönlichkeitsrecht vorliegt, welcher der Rechtfertigung bedarf⁵⁰. Überdies handelt es sich bei einer Zwangsbehandlung um einen Eingriff in das Grundrecht der Persönlichen Freiheit⁵¹.

⁴⁸ BGE 112 IV 10 und bezüglich Vollmacht: BGE 120 Ia 371 f.; A. BUCHER, Rz. 153; E. BUCHER, N. 314 zu Art. 19 ZGB; WEBER, N. 17 zu Art. 395 OR; Einschränkung: BIGLER-EGGENBERGER, N. 45 zu Art. 19 ZGB, welche die selbständige Auftragserteilung nur zur Wahrung nicht aber auch zur Ausübung höchstpersönlicher Rechte zulassen will.

⁴⁹ Vorn Rz. 2.17.

⁵⁰ Art. 28 Abs. 2 ZGB; vorn Rz. 1.3. f.

⁵¹ Art. 10 Abs. 2 BV; BGE 124 I 41 ff. (psychiatrische Begutachtung); 118 Ia 434 (obligatorische zahnärztliche Untersuchung); 112 Ia 248 ff. (Blutentnahme); 104 Ia 486 f.; 99 Ia 747 ff. (Zwangsimpfung);

Ein solcher Eingriff setzt eine gesetzliche Grundlage voraus, er muss durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt werden und überdies verhältnismässig sein⁵².

3.2. Die Voraussetzung der **Verhältnismässigkeit** wirft im vorliegenden Zusammenhang keine besonderen dogmatischen Fragen auf⁵³. Sowohl dem Persönlichkeitsschutz wie auch dem Vormundschaftsrecht sind diese Begriffe geläufig. Ob die Verhältnismässigkeit gegeben ist, ist bei einer Zwangsbehandlung in erster Linie - aber nicht ausschliesslich - eine medizinische Frage, welche im Einzelfall geprüft werden muss. Unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismässigkeit darf der Eingriff in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht nicht einschneidender sein als notwendig⁵⁴. Gleichzeitig muss auch das Mittel dem Ziel angemessen sein⁵⁵. Um die Verhältnismässigkeit zu prüfen, sind die verschiedenen Handlungsalternativen gegeneinander Abzuwägen. Es ist diejenige zu wählen, welche bei einer höchst möglichen Erfolgschance den geringsten Eingriff in die Rechte des Patienten bedeutet. Hier ist eine Wertung zwingend notwendig. Wohl lässt sich generell festhalten, dass irreversible Eingriffe schwerer wiegen als reversible und schmerzhaftere als schmerzlose. Darüber hinaus lässt sich aber kaum eine für den konkreten Fall eindeutige Hierarchie der Eingriffe aufstellen, da mit Blick auf die Wirksamkeit, die Nebenwirkungen, die Art des Eingriffs usw. unterschiedliche Kriterien zu berücksichtigen sind, die nicht quantitativ miteinander verglichen werden können. Zudem ist immer auch zu Berücksichtigen, dass dem Wahlrecht des Patienten eine erhebliche Bedeutung zukommt. Stehen Handlungsalternativen zur Verfügung, so ist immer auch zu beachten, dass in die Abwägung die Entscheidungsfreiheit des Patienten mit einzubeziehen ist. Verweigert der Patient eine Massnahme, welche aus medizinischer Sicht als weniger belastend angesehen wird und zieht er – allenfalls auch zwangsweise - eine aus medizinischer Sicht schwerere Massnahme vor, so ist u.U. dieser Entscheid zu respektieren, weil damit weniger in sein Selbstbestimmungsrecht eingegriffen wird. Das kann insbesondere von Bedeutung sein, wenn es gilt eine medikamentöse Zwangsbehandlung gegen eine blosser Isolation abzuwägen.

3.3. Bezüglich der **an die gesetzliche Grundlage zu stellenden Anforderungen** ist die Rechtsprechung wenig klar⁵⁶. Ursprünglich liess das Bundesgericht eine allgemeine Norm auf Verordnungsstufe als Rechtsgrundlage genügen⁵⁷. Allerdings muss die Verordnung sich im Rahmen der Delegationsnormen bewegen⁵⁸. In neueren Entscheiden hält das Bundesgericht nunmehr fest, dass es sich jedenfalls bei der zwangsweisen Verabreichung von Psychopharmaka aufgrund der damit verbundenen starken Veränderungen des geistigen und körperlichen Zustandes um einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit handelt⁵⁹, welcher den Kerngehalt des Grundrechts betrifft⁶⁰, diesen aber nicht verletzt, wenn die Zwangsbehandlung zu Heilzwecken vorgenommen wird⁶¹. Daraus folgt, dass nach der neueren Rechtsprechung nunmehr die Zwangsbehandlung einer klaren und ausdrücklichen Regelung in einem formel-

auch schon die Zwangsrasur stellt einen Eingriff in das Grundrecht der Persönlichen Freiheit dar: BGE 112 Ia 161 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, S. 23 f.

⁵² Art. 36 Abs. 1 bis 3 BV.

⁵³ Vgl. dazu: GEISER, FS Schnyder, Rz. 4.7.

⁵⁴ BGE 126 I 119 f.

⁵⁵ GEISER, N. 8a der Vorbem. zu Art. 397a-f ZGB.

⁵⁶ GEISER, N. 8a der Vorbem. zu Art. 397a-f ZGB.

⁵⁷ ZBl 1993, 512 ff.; kritisch GEISER, FS Schnyder, 309.

⁵⁸ HÄFELIN/HALLER, Rz. 1134.

⁵⁹ BGE 126 I 115.

⁶⁰ BGE 124 I 309; 127 I 18 f.

⁶¹ BGE 126 I 115.

len Gesetz bedarf⁶². Dieser Voraussetzung genügen nicht alle entsprechenden kantonalen Erlasse⁶³. Das Bundesgericht hält dann allerdings mit Blick auf den Wandel seiner Rechtsprechung gewisse Formen der Zwangsbehandlung vorerst für nicht verfassungswidrig, soweit diese zum Schutz von Leib und Leben in sachlicher und zeitlicher Hinsicht erforderlich sind⁶⁴.

3.4. Weil der Gesetzgeber nicht alle Fragen vorausschauend regeln kann, bedarf es keiner gesetzlichen Grundlage, wenn eine ernste, unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr den Eingriff rechtfertigt⁶⁵. Diese **polizeiliche Generalklausel** rechtfertigt beispielsweise die Verhinderung eines Selbstmordes. Sie kann auch angerufen werden, soweit medizinische Massnahmen ausschliesslich der Aufrechterhaltung der Ordnung in der Klinik oder dem Schutz der Öffentlichkeit dienen⁶⁶.

3.5. Schwierigkeiten bereitet demgegenüber das Erfordernis des **öffentlichen Interesses**⁶⁷. Die Zwangsbehandlung erfolgt regelmässig im Interesse der betroffenen Person und nicht der Öffentlichkeit. Dass das Schicksal von kranken Personen dem Gemeinwesen nicht gleichgültig sein kann⁶⁸, mag noch kein öffentliches Interesse zu begründen, wenn dieses Erfordernis nicht alle Konturen verlieren soll⁶⁹. Die Öffentlichkeit wird nur am Rande und indirekt betroffen⁷⁰, so dass von daher, andere leichtere Massnahmen in aller Regel die öffentlichen Interessen in genügendem Ausmass wahren könnten. Es liegt in der Natur des Vormundschaftsrechts, dass der Eingriff in Abweichung zu den allgemeinen Grundsätzen der Grundrechtslehre gerade nicht im öffentlichen Interesse sondern im privaten Interesse der betroffenen Person erfolgt. Die Rechtspraxis lehrt, dass solche Eingriffe zulässig sind. Insofern muss ein privates Interesse der betroffenen Person genügen. Mit Blick auf diese Besonderheit rechtfertigt es sich aber, in besonderem Masse auf die demokratische Legitimation der Regelung zu achten.

1. *BUNDESRECHTLICHE GRUNDLAGEN*

3.6. Gewisse Grundlagen für Zwangsbehandlungen und Zwangsuntersuchungen finden sich einerseits im **Epidemiengesetz**⁷¹ und andererseits im **Verfahrensrecht**, soweit es um Abklärungen in hängigen Verfahren geht. Diese Normen sind aber im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung, weil sie einerseits nicht die Behandlung und andererseits nur übertragbare Krankheiten betreffen.

3.7. Zudem ist neu die Frage der **Sterilisation** ausdrücklich in einem Gesetz geregelt⁷². Bei Urteilsfähigen ist eine Sterilisation gegen den Willen der betroffenen Person nicht möglich. Vielmehr setzt die Sterilisation voraus, dass die betroffene Person freiwillig schriftlich ihre Zustimmung erteilt hat⁷³. Ist die betroffene (urteilsfähige) Person bevormundet, muss zusätz-

⁶² BGE 126 I 116.

⁶³ GEISER, ZVW 2001, 237 ff.

⁶⁴ BGE 126 I 119.

⁶⁵ Art. 36 Abs. 1, dritter Satz BV; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1135.

⁶⁶ Vgl. dazu BGE 126 I 117 ff.

⁶⁷ Vgl. dazu GEISER, FS Schnyder, Rz. 4.6.

⁶⁸ so das BGer in BGE 127 I 25.

⁶⁹ GEISER, N. 8a der Vorbem. zu Art. 397a – f ZGB.

⁷⁰ Die anderslautenden Ausführungen des Bundesgerichts (BGE 130 I 19 ff.) wirken gekünstelt.

⁷¹ Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 18. Dezember 1970 (Epidemiengesetz).

⁷² Bundesgesetz über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen (Sterilisationsgesetz) vom 17. Dezember 2004 [SR 211.111.1].

⁷³ Art. 5 Sterilisationsgesetz; Die Person muss überdies das 16. Altersjahr zurück gelegt haben.

lich der Vormund zustimmen⁷⁴. Eine urteilsunfähige Person kann ausnahmsweise mit Zustimmung der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde sterilisiert werden, wenn (kumulativ)⁷⁵

- dieser Eingriff nach den gesamten Umständen im Interesse der betroffenen Person vorgenommen wird;
- die Zeugung und die Geburt eines Kindes nicht durch geeignete andere Verhütungsmethoden oder durch die freiwillige Sterilisation des urteilsfähigen Partners oder der urteilsfähigen Partnerin verhindert werden können;
- mit der Zeugung und der Geburt eines Kindes zu rechnen ist;
- nach der Geburt die Trennung vom Kind unvermeidlich wäre, weil die Elternverantwortung nicht wahrgenommen werden kann, oder wenn die Schwangerschaft die Gesundheit der betroffenen Frau erheblich gefährden würde;
- keine Aussicht besteht, dass die betroffene Person jemals die Urteilsfähigkeit erlangt und
- die Operationsmethode mit der grössten Refertilisierungsaussicht gewählt wird⁷⁶.

3.8. Auf Bundesebene sind vom Regelungszusammenhang her die Grundlagen für eine Zwangsbehandlung psychisch Kranker – von den genannten Ausnahmen abgesehen – im Vormundschaftsrecht zu suchen. Dieses enthält eine geschlossene Zahl zulässiger Massnahmen⁷⁷. Ausserhalb der fürsorgerischen Freiheitsentziehung könnte sich eine solche **Grundlage nur im Rahmen der eigentlichen Vormundschaft** finden. Die Beiratschaft und die Beistandschaft beschränken die Lebensgestaltung der betroffenen Person nicht. Art. 386 ZGB, welcher die Vormundschaftsbehörde auch ohne Entmündigung berechtigt, zur vorläufigen Fürsorge "die erforderlichen Massregeln" anzuordnen, gelangt nur zur Anwendung, wenn ein Verfahren auf Entmündigung (bzw. Verbeiständung im weiteren Sinne) eingeleitet ist⁷⁸. Die Bestimmung dient ausschliesslich dazu, den Nachteilen der Dauer eines Verfahrens entgegenzuwirken. Soweit die betroffene mündige Person weder bevormundet, noch ein Entmündigungsverfahren eingeleitet worden ist, kann sich gar keine Rechtsgrundlage im Vormundschaftsrecht ausserhalb der fürsorgerischen Freiheitsentziehung finden, da diese die einzige nicht amtsgebundene Massnahme darstellt⁷⁹. Aber auch soweit eine Vormundschaft vorliegt, ist in der Regel keine Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung gegeben⁸⁰. Das Vormundschaftsrecht regelt allerdings das Mass der mit der Vormundschaft verbundenen Personenfürsorge für Unmündige und Entmündigte unterschiedlich. Während der Vormund die Pflicht hat, für den Unmündigen mit Bezug auf Unterhalt und Erziehung das Angemessene anzuordnen⁸¹, erstreckt sich die Personenfürsorge beim volljährigen Mündel nur auf den Schutz und Beistand in allen persönlichen Angelegenheiten⁸². Beim *Unmündigen* stehen dem Vormund für die Personenfürsorge grundsätzlich die gleichen Rechte zu, wie den Eltern⁸³. Er leitet deshalb die Pflege und Erziehung seines Mündels und trifft die nötigen Entscheidungen⁸⁴. Darunter kann auch die Anordnung einer medizinischen Behandlung fallen. Im Bereich der Vormundschaft über Unmündige besteht insofern eine Rechtsgrundlage auch für eine Zwangsbehandlung. Allerdings ist auch hier – soweit das Kind urteilsfähig ist –

⁷⁴ Art. 6 Sterilisationsgesetz.

⁷⁵ Art. 7 Abs. 2 Sterilisationsgesetz.

⁷⁶ Antragsberechtigt sind: die betroffene Person, jede ihr nahe stehende Person, ihre Vormund oder die Vormundschaftsbehörde.

⁷⁷ RIEMER, S. 31.

⁷⁸ SCHNYDER/MURER, Berner Kommentar, N 41 ff. zu Art. 386 ZGB.

⁷⁹ SCHNYDER/MURER, Syst. Teil, N 103.

⁸⁰ Vgl. im Einzelnen GEISER, FS Snyder, Rz. 1.18. ff.

⁸¹ Art. 405 Abs. 1 ZGB.

⁸² Art. 406 Abs. 1 ZGB.

⁸³ Art. 405 Abs. 2 ZGB.

⁸⁴ Art. 301 Abs. 1 ZGB.

dessen eigene beschränkte Handlungsfähigkeit zu beachten⁸⁵. Beim *erwachsenen Mündel* fehlt demgegenüber ein entsprechendes Entscheidungsrecht des Vormundes⁸⁶. Die Vormundschaft als solche kann daher keine Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung - weder im somatischen noch im psychischen Bereich - darstellen.

3.9. Wie andernorts dargelegt⁸⁷ bieten auch die Bestimmungen über die **fürsorgerische Freiheitsentziehung** keine Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung⁸⁸. Ob Psychiatriepatienten zwangsweise behandelt werden können, entscheidet sich somit grundsätzlich nach dem kantonalen Recht.

2. RECHTSGRUNDLAGE IM KANTON BERN

3.10. Mit Gesetzesänderung vom 6. Februar 2001 hat der Kanton Bern im Gesundheitsgesetz⁸⁹ Regeln über die Zwangsbehandlung aufgestellt. Diese sind eingebettet in den Allgemeinen Bestimmungen über die Rechte und Pflichten der Patienten⁹⁰. Diese Bestimmungen gelten sowohl für somatische wie auch für psychiatrische Behandlungen. Darauf ist zurück zu kommen.

3.11. Das Gesundheitsgesetz geht vom Grundsatz aus, dass eine Behandlung die Einwilligung des **urteilsfähigen Patienten** nach einer vorgängigen umfassenden⁹¹ Aufklärung voraussetzt⁹². Die Zustimmung ist an keine besondere Form gebunden. In Notfällen ist die Zustimmung zu vermuten, wenn die Massnahme *dringlich und unerlässlich* ist. Die Aufklärung ist nachzuholen⁹³. Daraus kann allerdings keine Grundlage für eine eigentliche Zwangsbehandlung abgeleitet werden. Auch in einem Notfall ist selbst bei Dringlichkeit und Unerlässlichkeit die Massnahme zu unterlassen, wenn der *urteilsfähige* Patient die Behandlung ablehnt. Die Bestimmung dient vielmehr dazu, eine indifferente Haltung des Patienten oder eine Zustimmung ohne Aufklärung genügen zu lassen. Aus der Systematik des Gesetzes ergibt sich, dass diese Regeln auch gelten, wenn die urteilsfähige Person unmündig oder entmündigt ist.

3.12. Bezüglich **urteilsunfähiger Patienten**⁹⁴ optiert das Gesetz in erster Linie für das Einholen der **Zustimmung des gesetzlichen Vertreters**⁹⁵. Allerdings ist auch eine Behandlung gegen dessen Willen möglich, wenn eine *schwere, nicht anders abwendbare Gefahr für Leben und Gesundheit* des Patienten vorliegt⁹⁶. Allerdings ist dann die Vormundschaftsbehörde zu informieren.

Mit Blick darauf, dass sich die Behandelnden Ärzte und der gesetzliche Vertreter am mutmasslichen Willen des Patienten auszurichten haben⁹⁷, ist diese Regelung sicher bundesrechtskon-

⁸⁵ So ausdrücklich Art. 301 Abs. 1 ZGB.

⁸⁶ Zum Entmündigten unter elterlicher Gewalt vgl. SCHNYDER/MURER, N. 50 zu Art. 385 ZGB; auf die unterschiedliche Rechtslage weist auch SPÜHLER, ZBl 1993, S. 51, hin.

⁸⁷ GEISER, FS Schnyder, Rz. 2.1. ff.; DERS., N. 7 ff. der Vorbem zu Art. 397a-f ZGB.

⁸⁸ BGE 125 III 170 f.; 118 II 254 ff.; BGE EUGRZ 1993, 396/ZBl 1993, 504.

⁸⁹ Gesundheitsgesetz (GesG) vom 2. Dezember 1984 [BSG 811.01].

⁹⁰ Art. 39 ff. Gesundheitsgesetz BE.

⁹¹ Art. 39 Gesundheitsgesetz BE.

⁹² Art. 40 Abs. 1 Gesundheitsgesetz BE.

⁹³ Art. 40 Abs. 2 Gesundheitsgesetz BE.

⁹⁴ Vgl. vorn Rz. 2.2. ff.

⁹⁵ Art. 40a Gesundheitsgesetz BE.

⁹⁶ Art. 40a, zweiter Satz Gesundheitsgesetz BE.

⁹⁷ Vgl. vorn Rz. 2.5.

form. Nicht ganz einsichtig ist aber, wie die Voraussetzungen für das Abweichen vom Willen des gesetzlichen Vertreters umschrieben ist. Das Gesetz wäre wohl kohärenter, wenn die Voraussetzungen mit jenen einer Behandlung im Notfall gegen den Willen des urteilsfähigen Patienten⁹⁸ übereinstimmen würden. In allen anderen Fällen, wäre es möglich mit einer Vormundschaftsbeschwerde die Verweigerung der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters weiterzuziehen und den Entscheid der Vormundschaftsbehörde abzuwarten.

3.13. Fehlt es bei einem urteilsunfähigen Patienten an einer gesetzlichen Vertretung, so hat die medizinische Fachperson selber im Sinne des mutmasslichen Willens des Patienten zu entscheiden. Dafür hat sie die dem Patienten nahestehenden Personen anzuhören⁹⁹. Es sind selbstverständlich auch Patientenverfügungen zu respektieren¹⁰⁰.

3.14. Eigentliche Zwangsmassnahmen sind demgegenüber nur bei Patienten zulässig, die nach den Bestimmungen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung in eine Klinik eingewiesen worden sind¹⁰¹. Das Gesetz hält ausdrücklich fest, dass sie nur erlaubt sind, wenn eine freiwillige Behandlung nicht möglich ist¹⁰². Zudem sind die Voraussetzungen im Gesetz genauer umschrieben¹⁰³. Soweit es nicht um Drittgefährdung oder die Störung des Zusammenlebens geht wird vorausgesetzt, dass „das Verhalten der betroffenen Person ihre eigene Sicherheit oder Gesundheit schwerwiegend gefährdet“¹⁰⁴. M. E. lässt sich daraus keine Beschränkung auf *dringliche* Massnahmen ableiten. Wohl muss eine schwerwiegende Gefährdung vorliegen. Dafür genügt aber, dass die betroffene Person einen schweren Gesundheitsschaden hat, der durch die Zwangsbehandlung beseitigt oder erheblich gebessert werden könnte, oder dass die fehlende Behandlung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem erheblichen Gesundheitsschaden führen wird. Da solche Zustände schleichend sein können, lässt sich hier aber nicht immer eine *zeitliche* Dringlichkeit ausmachen. Das ist aber auch nicht vorausgesetzt. Soweit allerdings keine zeitliche Dringlichkeit besteht, gebietet es die Verhältnismässigkeit, bereits im Entscheid über die Zwangsbehandlung die aufschiebende Wirkung anzuordnen, so dass mit der Behandlung bis zur Rechtskraft des Entscheides abgewartet wird.

3.15. Diese Zwangsmassnahmen sind unabhängig davon möglich, ob der Patient urteilsfähig ist oder nicht. Mit der Zwangsmassnahme kann die **Behandlung gegen den mangelfrei gebildeten Willen** des Patienten erfolgen. Es handelt sich um eine echte Zwangsbehandlung. Entsprechend sind Patiententestamente in diesen Fällen nicht verbindlich, sie sind aber zu beachten¹⁰⁵, weil die Verhältnismässigkeit einen möglichst schonenden Eingriff erfordert. Stehen mehrere Behandlungsmöglichkeiten zur Auswahl und ist in einem Patiententestament eine von diesen ausdrücklich abgelehnt worden, ist auf diese zu verzichten.

3.16. Von zentraler Bedeutung zum **Schutz des Patienten ist die Rekursmöglichkeit**. Über die Zwangsmassnahme entscheidet die zuständige ärztliche Leitung der Institution¹⁰⁶. Ihr Entscheid unterliegt dem Rekurs an die Rekurskommission für fürsorgerische Freiheitsentziehung¹⁰⁷. Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des Gesetzes über die fürsorgeri-

⁹⁸ Art. 40 Abs. 2 Gesundheitsgesetz BE.

⁹⁹ Art. 40a Abs. 2 Gesundheitsgesetz BE.

¹⁰⁰ Art. 40b Gesundheitsgesetz BE.

¹⁰¹ Art. 41 Abs. 1 Gesundheitsgesetz BE.

¹⁰² Art. 41a, Ingress Gesundheitsgesetz BE.

¹⁰³ Art. 41a Gesundheitsgesetz BE.

¹⁰⁴ Art. 41a Bst. a Gesundheitsgesetz BE.

¹⁰⁵ Art. 41c Abs. 2 Gesundheitsgesetz BE.

¹⁰⁶ Art. 41b Abs. 1 Gesundheitsgesetz BE.

¹⁰⁷ Art. 41d Gesundheitsgesetz BE.

sche Freiheitsentziehung¹⁰⁸. Daraus ergibt sich m.E. namentlich, dass dem Rekurs keine aufschiebende Wirkung zukommt, soweit weder die entscheidende Klinikleitung noch die Rekurskommission eine anders lautende Verfügung trifft. Wenn von den medizinischen Gegebenheiten her der Ablauf der Rekursfrist abgewartet werden kann, sollte m.E. die Klinikleitung bereits in ihrem Entscheid einem Rekurs die aufschiebende Wirkung gewähren.

3. WÜRDIGUNG DER KANTONALEN RECHTSGRUNDLAGEN

3.17. Das bernische Recht nimmt eine **klare Zweiteilung** vor: Ist ein Patient freiwillig in einer Klinik, sind Zwangsmassnahmen grundsätzlich¹⁰⁹ nicht möglich. Zwangsmassnahmen sind nur möglich, wenn eine Person nach den Bestimmungen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung eingewiesen worden ist. Demgegenüber wird **nicht** danach **unterschieden, ob die Behandlung eine psychiatrische oder eine somatische** ist. Die Einweisung selber setzt aber eine psychische Erkrankung im Sinne von Art. 397a ZGB voraus. Psychisch Kranke können somit nötigenfalls auch somatisch zwangsbehandelt werden, während dies bei Personen ohne psychische Erkrankung nicht möglich ist. Zudem sind Zwangsmassnahmen nur stationär und nicht auch ambulant zulässig.

3.18. Der **Patient** wird vor ungerechtfertigten Zwangsmassnahmen durch das **Verfahren geschützt**. Das setzt ein Zusammenwirken zwischen dem medizinischen Fachpersonal und der Rechtsmittelinstanz voraus. Es liegt auf der Hand, dass die medizinische Leitung, welche die Zwangsmassnahme anordnet in aller Regel über mehr Sachverstand verfügen wird, als die Rechtsmittelinstanz. Das Verfahren zwingt aber die zuständige medizinische Leitung ihren Entscheid sorgfältig zu begründen und der Rekursinstanz plausibel zu erklären. Darin liegt eine wesentliche Absicherung für die Patienten¹¹⁰ und eine bedeutende Massnahme für die Qualitätskontrolle.

IV. FOLGERUNGEN

4.1. Die Rechtslage auf eidgenössischer Ebene ist unbefriedigend, weil sie mit einer hohen Rechtsunsicherheit verbunden ist. Nur die Einweisung gesamt schweizerisch zu regeln und die Frage der Zwangsbehandlung dem kantonalen Recht zu überlassen, schafft Unsicherheit und lässt sich in keiner Weise durch lokale Besonderheiten rechtfertigen. Von daher rechtfertigt es sich, mit der Revision des Vormundschaftsrechts (Erwachsenenschutzrecht) eine für die ganze Schweiz einheitliche Regelung zu treffen.

4.2. Eine solche Regelung hat, in erster Linie die **Grundsatzfrage** zu entscheiden, unter welchen **Voraussetzungen** eine Behandlung gegen den erklärten Willen einer Person möglich sein soll. Die Frage ist eminent politisch und weltanschaulich. In welchem Umfang soll der Staat für den einzelnen Bürger fürsorglich tätig werden und gegen die Unvernunft des Einzelnen in dessen persönlichem Bereich ankämpfen. Die Frage der Toleranz gegenüber abweichendem Verhalten spielt dabei nur beschränkt eine Rolle. Der Schutz Dritter und der Öffentlichkeit ist wohl immer auch ohne eine Zwangsbehandlung durch den blossen Freiheitsentzug möglich.

¹⁰⁸ Gesetz über die fürsorgerische Freiheitsentziehung und andere Massnahmen der persönlichen Fürsorge (FFEG) vom 22. November 1989 [BSG 213.316].

¹⁰⁹ Vorbehalten bleiben Massnahmen, die sich ausnahmsweise auf Gesetzesbestimmungen ausserhalb des Vormundschaftsrechts im weiteren Sinne stützen können sowie Massnahmen, welche sich auf die polizeiliche Generalklausel stützen können.

¹¹⁰ Vgl. BGE 130 I 25.

4.3. Neben dieser Grundsatzfrage, muss die Gesetzgebung klären, ob der entsprechende **Schutz** gegen den Willen **nur psychisch Kranken** oder auch (ausschliesslich) somatisch Kranken zukommen soll. Zudem ist zu klären, ob bei psychisch Kranken nur psychiatrische Behandlungen oder auch somatische Behandlungen gegen den Willen möglich sein sollen oder nicht. Schliesslich stellt sich die mehr technische Frage, ob Zwangsbehandlungen immer einen stationären Aufenthalt voraussetzen oder ob auch **ambulante** Zwangsbehandlungen zulässig sein sollen, soweit diese überhaupt möglich sind.

4.4. Die **geltende bernische Gesetzgebung** hat diese Fragen dahin gelöst, dass eine Zwangsbehandlung immer eine Zwangshospitalisierung wegen einer psychischen Erkrankung im weiteren Sinne voraussetzt, aber sich nicht auf psychiatrische Behandlungen beschränkt.

4.5. Wenn man die **Entwicklung über die letzten 30 Jahre** betrachtet, lässt sich feststellen, dass vor Erlass der Bestimmungen über die fürsorgliche Freiheitsentziehung die kantonalen Bestimmungen über die sogenannte „administrative Versorgung“ es erlaubten, auffällige Personen, welche in der Gesellschaft als störend empfunden wurden, in sogenannten Erziehungs- oder Arbeitsanstalten unterzubringen und damit von der Allgemeinheit abzusondern. Dieses Vorgehen wollte man nicht mehr. Über die Anforderungen der EMRK hinaus wurden deshalb die Voraussetzungen für eine Freiheitsentziehung eingeschränkt. Diese Personen gibt es aber immer noch und die Gesellschaft ist nicht wesentlich toleranter geworden. Weil die Gesellschaft aber zu ihrer Intoleranz nicht mehr steht, sollen diese Personen nicht mehr zum Schutze Dritter und damit aus polizeilichen Gründen abgesondert werden. Vielmehr will man sie in ihrem angeblichen eigenen Interessen medizinisch behandeln. Gegen die Vorstellung, dass sich um solche Personen in jedem Fall die psychiatrischen Kliniken kümmern sollen, wehren sich diese aber zu Recht.

*

Bern, 12. April 2006