

Dr. iur. Heinz Aemisegger / Karin Scherrer

Fürsorgerische Freiheitsentziehung und Zwangsmedikation nach der Praxis des Bundesgerichtes

Referat gehalten am Jahreskongress der Schweizerischen Gesellschaft für Psychiatrie vom 28. - 30. August 2003 in Schaffhausen*

Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit eine fürsorgerische Freiheitsentziehung angeordnet werden kann? Was geschieht, wenn sich der Patient nachdrücklich gegen eine Behandlung wehrt? Vermögen die gesetzlichen Grundlagen im ZGB eine sogenannte Zwangsmedikation zu rechtfertigen? Wie äussert sich das Bundesgericht zu dieser Problematik? Antworten auf diese Fragen gibt der nachfolgende Beitrag. Es handelt sich um einen Vortrag, den Bundesgerichtspräsident Dr. iur. Heinz Aemisegger am Jahreskongress der Schweizerischen Gesellschaft für Psychiatrie (28. - 30. August 2003) zum Thema «Psychiatrie und Recht» in Schaffhausen gehalten hat. Neben einem Überblick über die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur fürsorgerischen Freiheitsentziehung, finden auch die zum Teil in der Lehre geübte Kritik sowie der Entwurf der ZGB-Revision Erwähnung.

1. Einleitung

1.1. Gesetzliche Grundlage, kurze Entstehungsgeschichte der Art. 397a ff. ZGB

[Rz 1] Die Voraussetzungen für die fürsorgerische Freiheitsentziehung finden sich derzeit in den Art. 397a - f des Zivilgesetzbuches (ZGB). Diese Artikel wurden mit der Revision des ZGB vom 6. Oktober 1978 aufgenommen. Ziel dieser Revision war eine Anpassung des Schweizerischen Rechts an die Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (genauer an Art. 5 EMRK).

[Rz 2] Insbesondere sollten die Voraussetzungen der Freiheitsentziehung, die Mindestrechte im Verfahren und der Schadenersatz bei widerrechtlicher Freiheitsentziehung geregelt werden. Besondere Bedeutung wurde dem Anspruch auf gerichtliche Beurteilung der fürsorglichen Freiheitsentziehung sowie dem dabei zu beachtenden Verfahren zugemessen. Dennoch: Die Verfahrensvorschriften in Art. 397e Ziff. 1-5 ZGB haben den Charakter von Minimalgarantien (BGE 127 III 385 ff., m.H.). Zum heutigen Zeitpunkt sind kantonale Ausführungsvorschriften notwendig, und es bleibt auch Raum für ergänzende kantonale Bestimmungen¹.

[Rz 3] Die im Gesetz aufgezählten Gründe, die vorliegen müssen, damit eine FFE angeordnet werden darf, sind abschliessend. Es sind dies also Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunksucht, andere Suchterkrankungen oder schwere Verwahrlosung (Art. 397a ZGB). Erforderlich ist des weitern, dass die nötige persönliche Fürsorge nicht anders als durch die fürsorgerische Freiheitsentziehung erwiesen werden kann². Die (unfreiwillige) Unterbringung oder Zurückbehaltung erwachsener Personen, seien sie mündig oder entmündigt, in einer Anstalt richtet sich allgemein und ausschliesslich nach den Art. 397a ff. ZGB. (BGE 114 II 213 E. 2). Diese Vorschriften sind insbesondere auch auf mündige Personen anwendbar, für welche ein Beirat oder Beistand bestellt worden ist.

[Rz 4] Die zitierten Bestimmungen haben die Rechtsprechung immer wieder beschäftigt und sie tun es noch. Mannigfaltige Fragen wurden aufgeworfen. Vor allem aber sorgt die Problematik der sogenannten Zwangsmedikation oder allgemein der Zwangsmassnahmen immer wieder für (zum Teil recht hitzige) Diskussionen. Es gibt kaum einen Entscheid des Bundesgerichtes zu diesem Thema, der nicht von der Lehre kritisch beleuchtet wird. Das erstaunt nicht, stehen sich doch auf der einen Seite elementare und hochsensible Rechtsgüter des Individuums und auf der anderen Seite praktische Anliegen des Psychiatriealltags gegenüber.

[Rz 5] Die Schwächen der heutigen Regelung sind erkannt worden, und es soll Abhilfe geschaffen werden. Im Juni dieses Jahres wurde der Vorentwurf für eine Gesamtrevision des Vormundschaftsrechtes in die Vernehmlassung gegeben³. Vorgeschlagen werden in diesem Zusammenhang auch verschiedene Verbesserungen im Bereich der fürsorgerischen Freiheitsentziehung und der Zwangsbehandlung.

[Rz 6] Ich werde den vorgesehenen Bestimmungen einen Teil dieses Vortrages widmen, mich aber in erster Linie mit dem geltenden Recht auseinandersetzen.

1.2. Problemstellung

[Rz 7] Lassen Sie mich das Problem, welches uns im Zusammenhang mit Zwangsmassnahmen am meisten Kopfzerbrechen bereitet, gleich vorwegnehmen:

[Rz 8] Die Bestimmungen im ZGB legen nur fest, unter welchen Voraussetzungen eine Person in eine Anstalt eingewiesen werden darf, für die weitergehende Behandlung genügen sie nicht als gesetzliche Grundlage⁴. Gerade bei psychisch Kranken aber bezweckt die Einweisung in eine Klinik regelmässig nicht nur die reine Freiheitsentziehung, sondern eine angemessene medizinische Betreuung. Solange sich die kranke Person der Behandlung unterzieht, beurteilt sich die Frage nach der Zulässigkeit dieser Behandlung nach den gleichen Regeln wie bei einem freiwilligen Klinikeintritt. Probleme stellen sich erst, wenn sich der Patient der Behandlung widersetzt. Das Bundesgericht wertet die Zwangsmedikation als schweren Eingriff in die persönliche Freiheit – und ein solcher Grundrechtseingriff bedarf, damit er zulässig ist, einer gesetzlichen Grundlage, er muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Kerngehalt des Grundrechtes nicht verletzen (Art. 36 BV).

[Rz 9] Es ist daher auch nach der mehrheitlichen Lehrmeinung nötig, dass die Kantone in diesem Bereich tätig werden und die nötigen gesetzlichen Grundlagen schaffen. Geregelt werden muss insbesondere, unter welchen Voraussetzungen eine Zwangsbehandlung angeordnet werden darf, wie es sich mit der Einwilligung des Patienten verhält und wie die Art und Weise der Behandlung während der Dauer einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung auszugestalten ist.

[Rz 10] Zwar sind einige Kantone gesetzgeberisch aktiv geworden. Die neuen kantonalen Gesetze und Verordnungen lassen jedoch z.T. wichtige Fragen offen. Die gesetzliche Grundlage sollte klar und unzweideutig, also hinreichend bestimmt sein. Zudem sollte die Regelung in einem formellen Gesetz verankert sein. Dies verlangt das Legalitätsprinzip. Vielerorts fehlt die kantonale Rechtsgrundlage nach wie vor. Lässt sich ein Eingriff gegen den Willen des Patienten in solchen Fällen auf die polizeiliche Generalklausel stützen?

[Rz 11] Anhand von Beispielen aus der bundesgerichtlichen Praxis will ich Ihnen einen Überblick über die Rechtsprechung geben.

2. Praxis des Bundesgerichtes zur Zwangsbehandlung

2.1. Öffentliches Recht (Berner und Basler Fall)

[Rz 12] Die I. öffentlichrechtliche und namentlich auch die II. Zivilabteilung des Bundesgerichts sind – im Einklang mit dem grössten Teil der Lehre – bisher stets davon ausgegangen, die Vorschriften im ZGB genüchten nicht als gesetzliche Grundlage für nach der Anstaltseinweisung zu ergreifende Zwangsmassnahmen. Die Regelung im ZGB erfasst nur den Entzug der Bewegungsfreiheit, nicht aber Eingriffe in die körperliche und geistige Unversehrtheit. Ich möchte Ihnen anhand zweier Beispiele aus den letzten Jahren zeigen, dass es, wie überall im Rechtssystem, kein Schwarz-Weiss-Schema gibt, sondern dass jeder Fall einzeln differenziert betrachtet werden muss.

126 I 112 (Berner Fall)

a) Sachverhalt

[Rz 13] Im Entscheid vom 23. Mai 2000 hatte das Bundesgericht einen Fall aus dem Kanton Bern zu beurteilen. Ein junger Mann litt an einer schizophrenen Psychose, verbunden mit Politixikomanie.

[Rz 14] Im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung war er deshalb im Oktober 1997 in die psychiatrische Klinik eingewiesen worden. Knapp drei Monate später entwich der Patient bei einem Spaziergang, kehrte aber drei

Tage danach freiwillig in die Klinik zurück. Am folgenden Tag wurde er aufgrund seines aggressiven Zustandes, in dem er sowohl sich selbst als auch Leib und Leben Dritter zu gefährden drohte, in die Akutstation und wenig später in das Isolierzimmer verlegt. Dort wurde er zur Medikamenteneinnahme gezwungen. Vor Bundesgericht war strittig, ob die Isolierung, kombiniert mit der Zwangsmedikation während der ersten beiden Tage nach seiner Rückkehr in die Klinik, mit dem Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV, Art. 8 EMRK) vereinbar war.

[Rz 15] Das kantonale Verwaltungsgericht hatte die Zwangsmedikation angesichts der vom Patienten ausgehenden Gefährdung von Leib und Leben gestützt auf die polizeiliche Generalklausel als zulässig erachtet. Die über die ersten beiden Tage hinausgehende Zwangsmedikation hatte es hingegen als verfassungswidrig beurteilt.

b) Exkurs: Polizeiliche Generalklausel

[Rz 16] Bevor ich zum Ergebnis des bundesgerichtlichen Verfahrens im geschilderten Rechtsstreit komme, möchte ich Ihnen kurz erläutern, was die polizeiliche Generalklausel besagt:

[Rz 17] Die polizeiliche Generalklausel vermag nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine fehlende ausdrückliche gesetzliche Grundlage zu ersetzen, wenn und soweit die öffentliche Ordnung und fundamentale Rechtsgüter des Staates oder Privater gegen schwere und zeitlich unmittelbar drohende Gefahren zu schützen sind, die unter den konkreten Umständen nicht anders abgewendet werden können als mit gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Mitteln. Diese Mittel müssen allerdings mit den allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, insbesondere mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, vereinbar sein. Der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel ist auf echte und unvorhersehbare Notfälle beschränkt; ihre Anrufung ist grundsätzlich ausgeschlossen, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht gesetzlich geregelt wurden⁵.

[Rz 18] Die polizeiliche Generalklausel ist somit der geschriebene (Art. 185 Abs. 3 BV) oder ungeschriebene Rechtssatz, welcher die zuständige Behörde ermächtigt, polizeiliche Massnahmen zum Schutz der Polizeigüter (öffentliche Ordnung, Ruhe, Sicherheit, Gesundheit, Sittlichkeit, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr) zu treffen, um eine schwere und unmittelbare Gefahr abzuwenden oder eine bereits erfolgte schwere Störung zu beseitigen. Die Generalklausel kann einzig in Fällen zeitlicher Dringlichkeit angerufen werden. Sie kommt nur subsidiär zur Anwendung, wenn sich die Massnahmen nicht auf eine besondere gesetzliche Grundlage stützen lassen⁶.

c) Erwägungen des Bundesgerichtes

[Rz 19] Das Bundesgericht stellte im Berner Fall zunächst fest, der Kerngehalt der persönlichen Freiheit sei zwar nicht verletzt worden. Die Zwangsbehandlung sei zu Heilzwecken erfolgt. Nach Ansicht des Gerichts handelte es sich aber doch um einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit, für den die an sich erforderliche, ausdrückliche kantonale formell-gesetzliche Grundlage fehlte. Im Urteil wurde denn auch explizit festgehalten, dass die gegebene kantonale-rechtliche Situation – insbesondere angesichts der Schwere der mit medizinischen Zwangsbehandlungen verbundenen Eingriffe in Freiheitsrechte – grosse Bedenken erwecke. Der bernische Gesetzgeber sei deshalb gehalten, umgehend eine entsprechende gesetzliche Grundlage zu schaffen, die den verschiedenen betroffenen Interessen hinreichend Rechnung trage. Das Fehlen der gesetzlichen Grundlage vermochte aber nach Ansicht des Bundesgerichtes im konkreten Fall noch nicht zu einer Gutheissung der Beschwerde zu führen.

[Rz 20] Im Entscheid wird ausgeführt, die Anwendung der polizeilichen Generalklausel erweise sich als heikel, weil Gefährdungslagen im psychiatrischen Anstaltsverhältnis an sich typisch und deshalb einer gesetzlichen Regelung zugänglich seien. Dennoch rechtfertigten die besonderen Umstände des Falles, die polizeiliche Generalklausel für anwendbar zu erklären. Die zuständigen Ärzte sahen sich angesichts ihrer Pflicht, in Notfällen Beistand zu leisten, vor eine schwierige Aufgabe gestellt.

[Rz 21] Einerseits hatten sie den zunehmend aggressiver werdenden Patienten in Respektierung seines Willens zu betreuen und andererseits war das Klinikpersonal und auch er selber vor der von ihm ausgehenden Gefährdung zu schützen. Unter diesen Umständen war die Vornahme der medizinischen Zwangsbehandlung, mit welcher der Patient zugleich beruhigt und therapiert wurde, nach Meinung des Bundesgerichtes der Situation am besten gerecht

geworden. Das ärztliche Vorgehen wurde deshalb nicht als verfassungswidrig bezeichnet.

127 I 6 (Basler Fall)

d) Sachverhalt

[Rz 22] Im zweiten Fall geht es um ein Bundesgerichtsurteil vom 22. März 2001. Der Beschwerdeführer befand sich mehrere Male wegen seiner katatonen Schizophrenie in der Psychiatrischen Universitätsklinik Basel (nachfolgend PUK). Zum Teil erfolgten die länger oder kürzer dauernden Klinikaufenthalte freiwillig, zum Teil im Rahmen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung. Während diesen Klinikaufhalten wurde der Patient meist mit Neuroleptika behandelt, teils freiwillig, teils gegen seinen Willen.

[Rz 23] Im Dezember 2000 wurde der Beschwerdeführer wegen seines auffälligen Verhaltens erneut mittels fürsorgerischer Freiheitsentziehung in die PUK eingewiesen. Die kantonale Rekurskommission wies einen Rekurs des Patienten gegen die Einweisung ab und bewilligte seine Zurückbehaltung bis Ende Februar 2001. Auch der Rekurs gegen die Durchführung medikamentöser Zwangsbehandlung wurde abgewiesen.

[Rz 24] Vor Bundesgericht beantragte der Beschwerdeführer die Aufhebung der Zwangsmedikation. Die Anordnung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung focht er dagegen nicht an. Er sah sich in seiner persönlichen Freiheit und in seiner Menschenwürde verletzt (Art. 7 und 10 BV, Art. 8 EMRK).

e) Erwägungen des Bundesgerichtes

[Rz 25] Das Bundesgericht setzte sich in seinem Urteil eingehend mit dem Schutz der persönlichen Freiheit auseinander. Es kam zum Schluss, die medikamentöse Zwangsbehandlung stelle einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit des Beschwerdeführers dar. Auch die Menschenwürde sei durch das Gefühl der Fremdbestimmung und des Ausgeliefertseins zentral betroffen. Gestützt auf die ständige Rechtsprechung wurde jedoch eine Verletzung von Art. 3 EMRK, wonach niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden darf, verneint. Erscheint die Behandlung unter medizinischen Gesichtspunkten als notwendig, so stehen die entsprechenden Massnahmen auch aus der Sicht des Strassburger Menschenrechtsgerichtshofes im Einklang mit der EMRK.

[Rz 26] Im Gegensatz zum Berner Fall konnte das Bundesgericht aber im basel-städtischen Psychriegesetz (PG) eine hinreichende formell-gesetzliche Grundlage für den Grundrechtseingriff erblicken. So regelt beispielsweise § 22 PG den Fall des Widerstandes gegen eine Behandlung. Widersetzt sich eine urteilsunfähige Person im fürsorgerischen Freiheitsentzug einer dringend notwendigen Behandlung, kann diese aufgrund der genannten Bestimmung dennoch durchgeführt werden, wenn die betroffene Person nicht innert nützlicher Frist in der Lage ist, einzuwilligen. Die Ärzte handeln dabei nach dem mutmasslichen Willen des Betroffenen und berücksichtigen allfällige Willenserklärungen (wie beispielsweise Patientenverfügungen). Weiter ist erforderlich, dass die persönliche Freiheit durch die Behandlung weniger eingeschränkt wird, als durch die sonst erforderlichen Ersatzmassnahmen.

[Rz 27] Das Bundesgericht hatte sich insbesondere mit der Urteilsfähigkeit des Patienten und dessen mutmasslicher Einwilligung zu befassen. Es schützte die kantonale Instanz, welche den Beschwerdeführer für urteilsunfähig erachtet hatte und von dessen mutmasslicher Einwilligung ausgegangen war. Es wies die Beschwerde ab.

2.2. Zivilrecht

[Rz 28] Im Zivilrecht hat das Bundesgericht zwar im Zusammenhang mit der fürsorgerischen Freiheitsentziehung keine Eingriffe in die persönliche Freiheit und Menschenwürde zu beurteilen, sondern vielmehr Fragen in Bezug auf den unabhängigen Gutachter, den Begriff der «Anstalt», die Voraussetzungen für die Anordnung eines fürsorgerischen Freiheitsentzuges sowie in Bezug auf allfällige Genugtuungssummen etc. Es hat sich aber in diesem Kontext stets dafür ausgesprochen, die Regelungen des ZGB enthielten keine Grundlage für die Anordnung medikamentöser Behandlungen in einer Klinik. Insbesondere in einem Entscheid vom 25. April 1999⁷ hatte sich die II. Zivilabteilung dazu zu äussern, ob sich eine Zwangsbehandlung auf die bundeszivilrechtlichen Bestimmungen

stützen könne. Sie hat dies klar verneint.

2.3. Strafrecht

[Rz 29] Auch im Bereich des Strafrechtes kennt man die Problematik der Zwangsmedikation. Wird bei Straftätern eine Zwangsmedikation als notwendig erachtet, so ist Art. 43 Ziff. 1 StGB massgeblich. Abs. 1 der genannten Bestimmung lautet:

Erfordert der Geisteszustand eines Täters, der eine vom Gesetz mit Zuchthaus oder Gefängnis bedrohte Tat begangen hat, die damit im Zusammenhang steht, ärztliche Behandlung oder Pflege und ist anzunehmen, dadurch lasse sich die Gefahr weiterer mit Strafe bedrohter Taten verhindern oder vermindern, so kann der Richter Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt anordnen. Er kann ambulante Behandlung anordnen, sofern der Täter für Dritte nicht gefährlich ist.

[Rz 30] Der Kassationshof des Bundesgerichts fasst den Begriff der ärztlichen Behandlung weit. So führt BGE 124 IV 246 E. 3 S. 349 ff. aus, die ärztliche Behandlung gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB stelle lediglich ein Mittel dar, mit welchem das Ziel der Verhinderung oder Verminderung künftiger Straftaten erreicht werden solle. Im Entscheid 127 IV 154 wurde festgehalten, Ausgangspunkt jeder Beurteilung ärztlichen Handelns und Unterlassens sei das verfassungs- und persönlichkeitsrechtlich abgesicherte Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Ärztliche Eingriffe seien tatbestandsmässig Körperverletzungen und ohne Rechtfertigungsgrund rechtswidrig. Liege keine rechtfertigende Einwilligung vor, müsse ein anderer Rechtfertigungsgrund gegeben sein, wie Notstandshilfe oder eine auf gesetzlicher Grundlage beruhende behördliche Anordnung. Nach Wortlaut, Sinn und Zweck könne in Art. 43 StGB eine bundesstrafrechtliche Grundlage für die nach den Regeln der ärztlichen Kunst und Ethik mit dem Heilungs- und Sicherungszweck im Einzelfall begründeten Massnahmen gesehen werden. Wegen ihrer Ausrichtung auf erheblich bis schwerst psychisch gestörte Straftäter sowie auf Straftäter, die wegen ihres Geisteszustandes die öffentliche Sicherheit in schwer wiegender Weise gefährden, müsse dies auch für ärztliche Massnahmen *gegen* den Willen des Betroffenen und – nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft – für die Behandlung mit Psychopharmaka gelten. Art. 43 StGB bezwecke nicht die Heilung als solche, sonder die Verhinderung von Straftaten und die Wiedereingliederung der Täter (BGE 124 IV 246 E. 3b). Ärztliche Zwangsmassnahmen dürften daher nicht über diesen Zweck hinausgehen oder mit ihm nicht vereinbare Ziele verfolgen. Entscheidend für die Anordnung, die Durchführung und die Aufhebung von Massnahmen bleibe das mit dem Geisteszustand des Täters zusammenhängende Delinquenzrisiko, nämlich die Wahrscheinlichkeit weiterer Straftaten.

[Rz 31] Betont wird stets die Wahrung der Verhältnismässigkeit. Auch bei gültiger Einwilligung seien nur die erforderlichen und nach den anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst und Ethik begründeten, durchgeführten und kontrollierten Eingriffe durch Art. 43 StGB gerechtfertigt. Es wird denn auch der Gedanke aufgeworfen, die auftretenden Fragen vielleicht de lege ferenda doch in einen konkreteren gesetzlichen Rahmen zu stellen⁸.

[Rz 32] Wie im soeben zitierten Urteil, weist der Kassationshof auch im nicht publizierten Entscheid 6P.91/2001 vom 20. September 2002 ausdrücklich darauf hin, dass die Anordnung von Zwangsmassnahmen gestützt auf Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB eine erhebliche Fremdgefährdung voraussetze. Nicht die Gefährlichkeit der Anlasstat sei für das Ausmass der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit massgeblich, sondern jene des Geisteszustandes des Straftäters.

[Rz 33] Der Kassationshof begegnet der Frage nach der gesetzlichen Grundlage demzufolge mit einer weiten Auslegung des Begriffes der «ärztlichen Behandlung».

3. Kritik der Lehre

[Rz 34] Kritik wurde vor allem an der Praxis der I. öffentlichrechtlichen Abteilung geäussert. Insbesondere die beiden geschilderten Fälle aus Bern und Basel stiessen auf grosses Echo in der Lehre.

[Rz 35] Bemängelt wurde einerseits die Anwendung der polizeilichen Generalklausel, auch wenn das Ergebnis mit Blick auf den Psychiatriealltag doch immerhin für «plausibel» erachtet wurde⁹. In seinem Beitrag in der Zeitschrift

des Bernischen Juristenvereins anerkannte Markus Müller grundsätzlich das seines Erachtens durchscheinende Bemühen des Bundesgerichtes, die kantonalen Vollzugsinstanzen nicht durch einen «legalistisch» gefärbten Entscheid in der Arbeit zu behindern. Dennoch könne dieses Urteil vor dem Hintergrund der Lehre und der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung kaum Zustimmung finden¹⁰. Ein – auch nur partieller und einzelfallbegrenzter – Einbruch ins Gesetzmässigkeitsprinzip im Zusammenhang mit einem schwerwiegenden Grundrechtseingriff stelle ein kaum begründbares Abweichen von einer etablierten bundesgerichtlichen Praxislinie dar, zumal dann, wenn sich ein solcher Entscheid auch im direkten Vergleich mit der bisweilen strengen höchstrichterlichen Praxis in anderen Sachbereichen kaum rechtfertigen lasse.

[Rz 36] Um einiges harscher fiel die Kritik von Professor Dr. iur. Eugen Bucher zum Berner und zum Basler Urteil aus¹¹. Nach seiner Meinung fehlte es höchstwahrscheinlich bereits an der Prozessvoraussetzung der Prozessfähigkeit der Beschwerdeführer und an der Vollmacht der Prozessvertreter. Gewiss aber fehle es an der Zuständigkeit des Gerichtes, weil Verfassungsrecht nicht anwendbar sei. Die Therapieakte seien Ausdruck des privatrechtlichen staatlichen Handelns, nicht des hoheitlichen Agierens, weshalb Zivilrecht zur Anwendung gelangen müsse. Das an die Kantone gerichtete Gebot der «Schaffung gesetzlicher Grundlagen» für die Behandlung Urteilsunfähiger sei haltlos, denn es stehe in Widerspruch zu positivem Gesetzesrecht. Die Kantone hätten keine Befugnis, die Regeln des Persönlichkeitsschutzes von Art. 28 ZGB oder jene über die Urteilsfähigkeit (Art. 16 und 18 ZGB) materiell abzuändern. Dazu komme, dass das Bundesgericht die Bedeutung der Urteilsfähigkeit des Betroffenen verkenne. Eugen Bucher sieht ein Grundproblem schon darin, dass der Urteilsunfähige – unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen – durch seine Handlungen keine rechtliche Wirkung, mithin auch keinen Schutz seitens der Verfassung auszulösen vermöge. Weiter richtet der Autor sein Augenmerk insbesondere auf den Fall, da der Patient urteilsfähig ist. Bei gegebener Urteilsfähigkeit sei der einzig in Betracht fallende Rechtfertigungsgrund für einen ärztlichen Eingriff die Zustimmung des Patienten. Im Falle der fehlenden Einwilligung eines Urteils unfähigen besteht nach Bucher als Rechtfertigungsgrund eine Behandlungspflicht sowohl aus einem Treue- und Obhutsverhältnis, aus Vertrag (Mandat) als auch aus Strafrecht (Art. 127 StGB, Aussetzung). Darin erachtet Bucher eine genügende gesetzliche Grundlage für den ärztlichen Eingriff. Im Falle der Behandlung urteilsunfähiger psychisch Kranker stehe es ausser jeden Zweifels, dass die verantwortlichen Ärzte einer Krankenanstalt, wenn sie einem ausser sich geratenen Patienten nicht die lege artis geforderte Therapie zukommen liessen, sich der «Aussetzung» i.S. von Art. 127 StGB schuldig machten und von Amtes wegen verfolgt werden müssten.

[Rz 37] Andererseits wurde hinsichtlich eines Entscheides vom Oktober 1992 kritisiert, das Bundesgericht habe das Legalitätsprinzip überstrapaziert¹². In diesem Urteil¹³ war das Bundesgericht zum Schluss gekommen, die kantonalen Normen im Kanton Zürich bildeten eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Vornahme von Zwangsmassnahmen. Für Markus Müller waren die Bestimmungen der Zürcherischen Krankenhausverordnung zu offen und zu unbestimmt. Er äusserte die Vermutung, das Bundesgericht habe im Fall einer Gutheissung der Beschwerde eine Flut weiterer Verfahren befürchtet.

[Rz 38] Die Meinungen sind also geteilt. Überwiegend wird aber doch bejaht, dass eine Zwangsmedikation ohne kantonale gesetzliche Grundlage nicht zulässig ist.

4. Revision

[Rz 39] Der Vorentwurf zum revidierten ZGB (VE ZGB), der wesentlich zur Rechtssicherheit beitragen soll, spricht nicht mehr von fürsorgerischer Freiheitsentziehung, sondern verwendet den positiveren Begriff der «fürsorgerischen Unterbringung». Als grundlegende Neuerung¹⁴ sind zwei nebeneinander bestehende Zuständigkeiten vorgesehen: Einerseits soll zukünftig eine Erwachsenenschutzbehörde, ein interdisziplinär zusammengesetztes Fachgericht, für alle Erwachsenenschutzmassnahmen zuständig sein. Diese Erwachsenenschutzbehörde muss unter anderem die Unterbringung periodisch überprüfen und wirkt als Rechtsmittelinstanz. Die detaillierten Verfahrensfragen sollen jedoch nicht im ZGB, sondern in einem separaten «Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden» (VKE) geregelt werden, welches gleichzeitig mit dem Vorentwurf zur Revision des ZGB in die in Vernehmlassung gegeben wurde.

[Rz 40] Ferner sollen die Kantone geeignete Ärzte und Ärztinnen bezeichnen, die neben der Erwachsenenschutzbehörde eine Unterbringung anordnen können (Art. 421 Abs. 1 VE ZGB). Zu beachten ist, dass

nicht mehr generell die gesamte Ärzteschaft hierfür zuständig sein soll. Die ärztliche Unterbringung fällt spätestens sechs Wochen nach ihrer Anordnung dahin, sofern in diesem Zeitpunkt nicht ein vollstreckbarer Unterbringungsentscheid der Erwachsenenschutzbehörde vorliegt (Art. 421 Abs. 2 VE ZGB).

[Rz 41] Die Tatbestandsmerkmale, welche nach dem neuen Art. 416 VE ZGB erfüllt sein müssen, um eine fürsorgerische Unterbringung zu rechtfertigen, lehnen sich eng an das geltende Recht an: «Eine volljährige Person, die an einer psychischen Störung oder an geistiger Behinderung leidet oder schwer verwahrlost ist, wird in einer geeigneten Einrichtung untergebracht, wenn die nötige Behandlung oder Betreuung nicht anders erfolgen kann.» Die psychische Störung umfasst auch Suchtkrankheiten wie Drogen-, Medikamenten- und Alkoholmissbrauch.

[Rz 42] Ausdrücklich geregelt werden soll neu die Behandlung ohne Zustimmung¹⁵. Art. 429 Abs. 1 des Vorentwurfs erlaubt die Behandlung ohne Zustimmung der betroffenen Person nur, wenn dieser ohne Behandlung ein schwerer gesundheitlicher Schaden droht, während sonst bei urteilsunfähigen Personen jede ihrem Wohl dienende medizinische Massnahme mit Zustimmung der vertretungsberechtigten Person (Art. 434 VE ZGB) ergriffen werden kann. Die ärztliche Leitung der jeweiligen Einrichtung hat die alleinige Kompetenz, die verhältnismässige Massnahme schriftlich anzuordnen. Voraussetzung dafür ist eine Gefahrensituation. Überdies muss der Behandlung stets eine fürsorgerische Unterbringung vorangehen. Die Behandlung muss dem Einweisungsgrund entsprechend verhältnismässig sein und auf dem letzten Stand der Wissenschaft basieren. Umstrittene Massnahmen kommen gleich wie chirurgische Eingriffe ohne Zustimmung der betroffenen Person nicht in Frage. In diesem Fall ist die Behandlung zu beschränken auf Massnahmen wie die Abgabe von Medikamenten, das Einhalten eines geregelten Tagesrhythmus, Gespräche und Zwangsernährung.

[Rz 43] Liegt keine Gefahrensituation oder keine Zustimmung der betroffenen Person zur Behandlung vor, müssen solche Personen aus der Einrichtung entlassen werden.

[Rz 44] Hinsichtlich des Rechtsschutzes ist vorgesehen, dass die Anordnung der betroffenen Person verbunden mit einer Rechtsmittelbelehrung mitgeteilt wird (Art. 429 Abs. 2 VE ZGB). Die Erwachsenenschutzbehörde muss binnen 48 Stunden über eine allfällige Beschwerde entscheiden (Art. 430 Abs. 2 VE ZGB in Verbindung mit Art. 42 f. VE VKE). Ein schriftliches Begehren der betroffenen oder einer ihr nahe stehenden Person genügt zur Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde; ein formeller Antrag oder eine Begründung sind nicht nötig (Art. 23 Abs. 2 VE VKE). Entscheide, Anordnungen über vorsorglichen Massnahmen sowie gewisse verfahrensleitende Verfügungen der Erwachsenenschutzbehörde können bei einer gerichtlichen Aufsichtsbehörde angefochten werden (Art. 45 VKE).

5. Gedanken zum Schluss

[Rz 45] Wie gesehen, bietet die fürsorgerische Freiheitsentziehung – jedenfalls unter dem geltenden Recht – immer wieder Anlass zu einer kritischen Auseinandersetzung mit der Thematik. Interessant scheint mir der Ansatzpunkt der Strafrechtler. Ausgehend vom Mass an Fremdgefährdung, die der Straftäter darstellt, legen sie den Begriff der ärztlichen Behandlung oder Pflege weit aus und rechtfertigen damit auch eine allfällige Zwangsmedikation. Das Schwergewicht verlagert sich von der Heilung auf den Sicherungszweck. Drängt sich da nicht die Überlegung auf, auch Art. 397a ZGB – insbesondere Abs. 2 – sei einer derartigen Auslegung zugänglich? Geht von einem Patienten in fürsorgerischem Freiheitsentzug eine Gefahr für unbeteiligte Dritte – oder auch für ihn selber – aus, sollte dann die nötige persönliche Fürsorge, die ihm in der geeigneten Anstalt zuteil werden soll, nicht auch eine Zwangsmedikation umfassen?

[Rz 46] Zwar soll der in Vernehmlassung gegebene Revisionsentwurf die Unsicherheiten beseitigen. Es handelt sich aber erst um einen Vorentwurf und das Vernehmlassungsverfahren dauert noch bis Januar 2004. Die Mühlen der Gesetzgebung mahlen oft langsam. Ungeachtet der Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfte es darum im Sinne des überwiegenden Teils der Lehre und im Interesse aller Beteiligten sein, wenn das Bundesgericht zum heutigen Zeitpunkt daran festhält, kantonale Normen zu fordern, welche die Voraussetzungen der Zwangsmedikation möglichst detailliert regeln. Diese Rechtssicherheit kommt letztendlich auch Ihnen bei Ihrer Arbeit zugute.

6. Überblick über kt. Regelungen und Entscheide

[Rz 47] Ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben, bietet Ihnen die folgende Zusammenstellung eine Übersicht darüber, welche Kantone bis heute ergänzende Bestimmungen zur Regelung des ZGB erlassen haben.

[Rz 48] Es sind dies einmal die Kantone Aargau (§ 67ebis EG ZGB), Appenzell Ausserrhoden (Art. 26 Patientenverordnung), Basel-Stadt (Psychatriegesetz u. -verordnung), Freiburg (Art. 52ff. Gesundheitsgesetz), Thurgau (Art. 33c Novelle Gesundheitsgesetz), Solothurn (§ 54 ff. Gesundheitsgesetz), Genf und Tessin (je Psychatriegesetz) sowie Zürich (Patientenrechtsverordnung)¹⁶. Von diesen Regelungen erweist sich diejenige von Basel-Stadt als besonders umfassend. Sie setzt sich eingehend mit der Problematik der Zwangsmassnahmen und der Isolation auseinander.

[Rz 49] Inzwischen wurde im Kanton Luzern die Verordnung über die fürsorgerische Freiheitsentziehung vom 25. September 2001 erlassen. Diese enthält aber keine spezifischen Regelungen für weitergehende Zwangsmassnahmen. Im Kanton Zug sind hingegen am 17. November 2001 Bestimmungen zu Zwangsmassnahmen in Kraft getreten (§ 37 ff. Gesetz über das Gesundheitswesen). Auch der Kanton Schaffhausen ist tätig geworden: Seit dem 1. Juli 2001 sind die Art. 30e ff. des Gesundheitsgesetzes in Kraft, welche unter anderem die Zwangsbehandlung und die Anwendung von physischem Zwang regeln. Das Bernische Gesundheitsgesetz wurde am 6. Februar 2001 mit dem Titel «Medizinische Zwangsmassnahmen» ergänzt. Überdies hat der Basel-Städtische Regierungsrat am 4. Februar 2003 gewisse Änderungen der «Verordnung betr. Einführung des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1978 über die fürsorgerische Freiheitsentziehung» beschlossen. Es handelt sich dabei hauptsächlich um Anpassungen organisatorischer Art, die am 1. Juni 2003 in Kraft getreten sind.

[Rz 50] Als Vergleichsmöglichkeit finden Sie eine Auswahl der genannten Bestimmungen sowie die Regelungen der beiden Vorentwürfe (VE ZGB und VE VKE) im Anhang.

Anhang

Gesetze und Gesetzesentwürfe (auszugsweise)

Art. 397a ff. Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB)

Basel-Stadt: Psychatriegesetz

Basel-Stadt: Psychatrieverordnung

Aargau: Einführungsgesetz zum ZGB

Schaffhausen: Gesundheitsgesetz

Zug: Gesetz über das Gesundheitswesen

Bern: Gesundheitsgesetz

Luzern: Verordnung über die Fürsorgerische Freiheitsentziehung

Vorentwurf zur Revision des ZGB

Vorentwurf zum Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden

*Die Vortragsform wurde beibehalten. Das Referat wird demnächst im Tagungsband «Psychiatrie und Recht» in der Reihe «Forum Gesundheitsrecht» des Verlages Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, erscheinen.

- BGE 122 I 18 E. 2b S. 22
- ² Damit wird der verfassungsmässige Grundsatz der Verhältnismässigkeit konkretisiert (BGE 114 II 213 E. 5 S. 217).
- ³ Vorentwurf für eine Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, VE ZGB), Bericht zu diesem Vorentwurf sowie Bericht mit Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (VE VKE), je vom Juni 2003
- ⁴ BGE 118 II 254; 121 III 204; 125 III 169; 126 I 112; 127 I 6; 127 III 538; 128 III 12; Urteil des Bundesgerichtes vom 7. Oktober 1992 i.S. M. in ZBl 94/1993 504; nicht publ. Urteil des Bundesgerichtes vom 11. September 1997, 5P.292/1997
- ⁵ BGE 126 I 112 ff., mit Verweis auf BGE 121 I 22 E. 4b/aa S. 27 f.
- ⁶ Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, S. 526. Siehe auch zur Generalklausel: BGE 128 I 327, «Davoser» Fall
- ⁷ BGE 125 III 169
- ⁸ BGE 127 IV 154 E. 3d S. 159.
- ⁹ Markus Müller: Legalitätsprinzip – polizeiliche Generalklausel – Besonderes Rechtsverhältnis, ZBJV 2000 Band 136 S. 725 ff.
- ¹⁰ Markus Müller a.a.O., S. 727 f.
- ¹¹ Eugen Bucher: Das Horror-Konstrukt der «Zwangsmedikation»: zweimal (ohne Zuständigkeit) ein Ausflug ins juristische Nirwana – zu BGE 126 I 112-121 und BGE 127 I 6-30, ZBJV Band 137, 2001, S. 764 ff.
- ¹² Markus Müller: Zum Erfordernis einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage für schwere Grundrechtseingriffe, recht 1994, Heft 1 S. 31 ff.
- ¹³ ZBl 94 (1993) 504
- ¹⁴ Siehe zu sämtlichen Neuerungen die übersichtliche Zusammenfassung bei Ruth Reusser: Auf dem Weg zum neuen Erwachsenenschutzrecht – Überblick über die Totalrevision des Vormundschaftsrechts, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 3/2003, S. 271 ff., insb. S. 279 ff.
- ¹⁵ Mario Etzensberger in: Die «Fürsorgerische Unterbringung» und «Behandlung einer psychischen Störung» aus der Sicht eines praktischen Psychiaters (Art. 416-430 VE), ZSR 3/2003, S. 361 ff., hält Art. 429 VE ZGB für eine Meisterleistung, befürchtet aber lange Dispute (a.a.O., S. 368).
- ¹⁶ Nach den Zusammenstellungen von Bernhard Schnyder, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1999, ZBJV 136 (2000) S. 413 ff. und Alain Joset, Die Zwangsmedikation im Rahmen der Fürsorgerischen Freiheitsentziehung, AJP 11/2000 S. 1431

Rechtsgebiet: Zivilrecht

Erschienen in: Jusletter 3. Mai 2004

Zitervorschlag: Heinz Aemisegger / Karin Scherrer, Fürsorgerische Freiheitsentziehung und Zwangsmedikation nach der Praxis des Bundesgerichtes, in: Jusletter 3. Mai 2004

Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=3071>