

Zwangsmassnahmen in der Pflege

Les mesures coercitives sont avant tout abordées dans le débat juridique en lien avec la psychiatrie et l'exécution des peines. La contrainte est cependant utilisée même dans les soins ambulatoires et stationnaires. Les mesures coercitives dans les soins peuvent être subdivisées entre les mesures privatives de liberté telles que p.ex. la contention, d'une part, et d'autre part, les traitements contre la volonté du patient comme p.ex. la médication forcée. Le point de départ de l'analyse juridique de la coercition en matière de soins est la dignité humaine, protégée par les droits fondamentaux et les droits de l'homme. De celle-ci dérivent non seulement l'obligation étatique de protéger l'autonomie personnelle mais aussi le devoir d'assistance et de prise en charge. Le fondement de l'admissibilité de toute intervention de soins est le consentement. Le consentement présuppose à son tour la capacité de discernement; l'existence de celle-ci doit toujours être jugée en référence avec une situation particulière. Des directives anticipées du patient permettent de donner ou de restreindre le consentement au préalable de manière juridiquement contraignante. Des actes contraires à la volonté juridiquement pertinente du patient ou de la patiente ne sont admissibles du point de vue des droits fondamentaux que lorsqu'ils reposent sur une base légale et un intérêt public. En outre, de telles mesures de soin doivent être proportionnelles et ne pas porter atteinte au noyau dur du droit fondamental. Au niveau fédéral, une base légale fait défaut pour la plupart des cas d'interventions thérapeutiques forcées, jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte. Les bases légales cantonales sont hétérogènes. Il est particulièrement frappant de constater que de nombreuses lois cantonales sur la santé ne règlent que les mesures coercitives contre des personnes séjournant en établissement stationnaire en raison d'une privation de liberté à des fins d'assistance.

(trad. LT LAWTANK, Berne)

Kurt Pärli, PD Dr. iur., Professor an der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften, Zentrum für Sozialrecht, Winterthur, Privatdozent an der Universität St. Gallen *

** AJP/PJA 2011 Seite 360 **

Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung
- II. Zwangsmassnahmen in der Pflege: Definition, Typologie und Häufigkeit
 - 1. Definition
 - 2. Arten von Zwangsmassnahmen
 - 3. Verbreitung pflegerischer Zwangsmassnahmen
- III. Grundlage, Inhalt und Schranken der Patientenautonomie
 - 1. Ausgangslage: Menschenwürde, Persönliche Freiheit, Fürsorgepflicht
 - 2. Grundrechtlich und menschenrechtlich garantierte Freiheit vor Zwangsmassnahmen
 - 2.1. Grundrecht der persönlichen Freiheit
 - 2.2. Selbstbestimmungsrecht in der Bioethikkonvention
 - 2.3. Relevante Rechte der EMRK
 - 2.4. Gerichtspraxis
 - 3. Privat-, straf- und verwaltungsrechtlicher Schutz der Patientenautonomie
 - 4. Einwilligung und Urteilsfähigkeit
 - 4.1. Die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund
 - 4.2. Vorgehen bei fehlender Einwilligung
 - 4.3. Verweigerung der Einwilligung

IV. Die Rechtsgrundlagen von Zwangsmassnahmen

1. Im Allgemeinen
2. Gesetzliche Grundlage
 - 2.1. Bundesrechtliche Bestimmungen
 - 2.2. Die polizeiliche Generalklausel
 - 2.3. Kantonale Grundlagen
3. Öffentliches Interesse und Schutz von Grundrechten Dritter
4. Verhältnismässigkeit
5. Kerngehalt

V. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

Der Walliser Hanfbauer Bernard Rappaz protestiert(e) mit einem Hungerstreik gegen die seiner Meinung nach zu hart ausgefallene Strafe wegen Verstössen gegen das Betäubungsmittelgesetz¹. Nachdem sich sein Gesundheitszustand dramatisch verschlechterte, stellte sich für die Behörden die Frage der Zwangsernährung. Rappaz verweigerte eine solche. Überdies liegt eine Patientenverfügung vor, in der Rappaz seinem Willen Ausdruck verlieh, in keinem Fall zwangsernährt werden zu wollen. Für die zuständigen Behörden entsteht in einer solchen Situation ein fast nicht lösbares Dilemma: Muss die Autonomie von Rappaz geachtet und damit sein Tod in Kauf genommen werden? Oder darf, ja muss der Staat Zwang anwenden, damit das Leben des Häftlings gerettet wird?

Mit diesen sehr grundsätzlichen Fragen mussten sich der Walliser Staatsrat, das Bundesgericht und die behandelnden Ärzte und Ärztinnen in den letzten Monaten auseinandersetzen. Das Bundesgericht verpflichtete die zuständigen Behörden, notwendige Massnahmen zu ergreifen, um das Leben des Bernard Rappaz zu schützen². Die involvierten Ärzte und Ärztinnen in Genf und Bern haben eine Zwangsernährung abgelehnt. Vorübergehend fanden die Walliser Behörden mit der kurzzeitigen Entlassung und Anordnung strengen Hausarrests einen Ausweg aus dem Dilemma. Nachdem das Bundesgericht die Beschwerde um Gewährung eines Haftunterbruchs abgelehnt hatte, musste Herr Rappaz wieder ins Gefängnis zurück. Seine erneuten Gesuche um Haftunterbruch wurden ebenso abgelehnt³ wie ein Gnadengesuch an das Kantonsparlament⁴. Als wohl letztes juristisches Mittel wird Rappaz an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg gelangen⁵.

**** AJP/PJA 2011 Seite 361 ****

Was hat "der Fall Rappaz" mit dem Thema "Zwangsmassnahmen in der Pflege" zu tun? Die Grundfragen sind meines Erachtens hier wie dort die gleichen. Erstens: Welche Bedeutung kommt einer Patientenverfügung zu, die Anweisungen für den Fall einer eingetretenen Urteilsunfähigkeit enthält? Und zweitens: Unter welchen Voraussetzungen darf bei urteilsfähigen Patienten gegen den Willen des Patienten untersucht, behandelt oder gepflegt werden? In Frage stehen das Erfordernis einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage einer allfälligen Zwangsbehandlung, ein öffentliches Interesse und die Verhältnismässigkeit.

Fragen lässt sich allerdings: Kann die Situation eines Gefangenen mit derjenigen von Patientinnen und Patienten in Alters- und Pflegeheimen oder Spitälern verglichen werden⁶? Die Antwort fällt differenziert aus. Strafgefangene stehen zum Staat in einem so genannten Sonderstatusverhältnis⁷. Dem Staat kommt hier eine besonders grosse Verantwortung zum Schutz des Lebens zu⁸. Eine solche Schutzpflicht hat der Staat indes auch gegenüber Kranken und Pflegebedürftigen. Der Staat muss vorab mit einer angemessenen Gesundheitsversorgung dafür sorgen, dass kranke Menschen behandelt und gepflegt werden können. Besonders hoch ist die Schutzpflicht gegenüber Pflegebedürftigen, die sich in Heimen, Spitälern und Kliniken in staatlicher Obhut befinden⁹. Diese Institutionen müssen das Leben und die Gesundheit der Personen, die sich in ihrer Obhut finden, wirksam schützen. Zu schützen hat der Staat jedoch auch die Patientenautonomie, die wegen der faktischen Abhängigkeit der Patienten/innen von den Pflegenden und den Institutionen, in denen die Pflege erbracht wird, besonders gefährdet ist¹⁰. Zwischen der Pflicht, das Leben und die Gesundheit der Patientinnen und Patienten zu schützen und gleichzeitig deren Autonomie zu respektieren, besteht zwar nicht ein Widerspruch, aber doch ein Spannungsfeld. Pointiert äussert sich dazu das Amtsgericht Eggenfelden (D) in einem Urteil vom Dezember 2000: "Ein menschenwürdig betriebenes Alters- und Seniorenheim kann keine 100% Sicherheit gegen die Gefahr von Stürzen garantieren"¹¹.

"Zwang ist ein garstiges Wort"; mit diesem Satz leitet der Psychiater Mario Etzensberger einen Vortrag zum Thema Zwangsbehandlung ein, in dem er die Erwartungen der Psychiatrie an das Recht festhält¹². Er beschreibt dabei eindrücklich das Dilemma, in dem sich die Psychiatrie befindet. Gegen Zwangsmassnahmen könne das Gericht angerufen werden und die verantwortlichen Akteure riskierten, zur Rechenschaft gezogen zu werden. Gleichzeitig riskierten die verantwortlichen Ärzte und Ärztinnen, wegen Sorgfaltspflichtverletzung zur Rechenschaft gezogen zu werden, wenn sie eine Behandlung nicht vornähmen¹³. Niemand in der Psychiatrie habe Freude, andere Menschen einzusperren, anzubinden, zu isolieren und ihnen unter Gewalt Medikamente zu verabreichen. Aber: "Was ist ethischer", fragt Etzensberger, "einen Menschen in seiner zweifelhaften Freiheit zu belassen oder ihm zu einem menschenwürdigen Leben zu verhelfen?".

Ein Einstieg in die Thematik "Zwangsbehandlung" mit Strafvollzug und Psychiatrie ist nicht zufällig: In der Öffentlichkeit werden medizinische Zwangsmassnahmen fast ausschliesslich im Zusammenhang mit der Psychiatrie wahrgenommen¹⁴. Entsprechend finden sich zu diesen Fragen unzählige Gerichtsentscheide¹⁵. Dazu kommen zahlreiche Entscheide über die Rechtmässigkeit von gestützt auf die Bestimmungen zum fürsorglichen Freiheitsentzug erfolgten Einweisungen in psychiatrische Kliniken. Weit weniger gestritten wird vor Gericht um die Rechtmässigkeit von Zwangsmassnahmen im Pflegekontext. Auch die Beiträge in der juristischen Lehre konzentrieren sich auf Zwang im Psychiatriekontext oder allenfalls noch auf die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten.

Juristisches Neuland wird mit der Frage der Zwangsmassnahmen in der Pflege aber keineswegs betreten. So ist in kantonalen Gesundheitsgesetzen ausdrücklich erwähnt, dass die Bestimmungen über die Voraussetzungen einer Zwangsbehandlung auch für die Pflege Gültigkeit haben, erfolge

**** AJP/PJA 2011 Seite 362 ****

diese in stationären oder ambulanten Einrichtungen¹⁶. Auch die für die Thematik relevanten Straf- und Zivilrechtsnormen und die Grundrechte setzen Pflegenden und Pflegeinstitutionen nicht grundsätzlich andere Schranken als der Ärzteschaft oder Akutspitalern bzw. psychiatrischen Kliniken. Wenn im Folgenden die rechtliche Zulässigkeit von Zwangsbehandlungen im Pflegekontext behandelt wird, kann auf die Judikatur und Dogmatik aus dem Psychiatriekontext zurückgegriffen werden.

Im sogleich folgenden Abschnitt wird kurz auf das Phänomen pflegerischer Zwangsmassnahmen eingegangen. Anschliessend werden die rechtlichen Grundlagen des Selbstbestimmungsrechts der Patienten und Patientinnen in einem etwas grösseren Zusammenhang ausgeleuchtet. Darauf aufbauend werden anschliessend die Voraussetzungen der ausnahmsweisen Zulässigkeit von Zwangsmassnahmen dargelegt, ehe die wichtigsten Erkenntnisse zusammenfassend gewürdigt werden.

II. Zwangsmassnahmen in der Pflege: Definition, Typologie und Häufigkeit

1. Definition

Das garstige Wort "Zwang" passt auf Anhieb nicht so richtig zum Begriff "Pflege". Das Wort wird eher mit liebevoller Zuwendung altruistischer Krankenschwestern und -pflegerinnen - um ein veraltetes Cliché zu bemühen - oder, zeitgemässer, mit professioneller Qualitätsarbeit von Pflegefachfrauen und -männern in Verbindung gebracht. Zwang wird jedoch auch in der Pflege angewendet.

Nach der Richtlinie über Zwangsmassnahmen der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMV) sind Zwangsmassnahmen Eingriffe, die gegen den erklärten Willen eines Menschen - oder bei Kommunikationsunfähigkeit, gegen den mutmasslichen Willen - erfolgen¹⁷.

2. Arten von Zwangsmassnahmen

Zwangsmassnahmen in der Pflege können in freiheitsbeschränkende Massnahmen einerseits und Zwangsbehandlungen andererseits unterteilt werden¹⁸. Freiheitsbeschränkend ist vorab jeder stationäre Aufenthalt in einem Spital oder Pflege- bzw. Altersheim, der nicht freiwillig erfolgt. Zu den freiheitsbeschränkenden Massnahmen gehören weiter das gegen den Willen des Patienten oder der Patientin erfolgte Anlegen von Hand- und Fussfixierungen oder Bauchgurten, das Aufstellen von Bettgittern, das Abschliessen des Zimmers oder des Wohn- und Pflegebereichs, die Ausübung psychischen Drucks, die Wegnahme von Schuhen und Kleidung¹⁹ oder die elektronische Überwachung mit Ortungschips²⁰. Freiheitsbeschränkende Massnahmen werden sowohl in stationären Einrichtungen als auch im Rahmen spitalexterner Krankenpflege vorgenommen. Zu den pflege(rechts)relevanten Zwangsbehandlungen sind die zwangsweise Verabreichung von Medikamenten, namentlich von Psychopharmaka, oder die Durchführung lebensverlängernden Massnahmen wie die Flüssigkeits- und Nahrungszufuhr zu zählen²¹. Die Grenze zwischen Freiheitsbeschränkung und Zwangsmedikation kann nicht klar gezogen werden; eine medikamentöse Ruhigstellung wirkt auch oder sogar vorwiegend

freiheitsbeschränkend.

3. Verbreitung pflegerischer Zwangsmassnahmen

Wie häufig kommen Zwangsmassnahmen in der Pflege, namentlich in Alters- und Pflegeheimen, aber auch in Akutspitälern vor? Studien aus Deutschland zufolge sind Zwangsmassnahmen sehr häufig ²². Eine Münchner Studie aus dem Jahre 2004 berichtet von hochgerechnet 400'000 freiheitsbeschränkenden Massnahmen, die in Deutschland täglich gegenüber Pflegebedürftigen angewandt werden ²³. In der Schweiz fehlen, soweit ersichtlich, einschlägige Untersuchungen ²⁴. In der Presse finden sich aber immer wieder Meldungen über problematische Zustände in Pflegeheimen ²⁵.

**** AJP/PJA 2011 Seite 363 ****

Festzustellen ist indes auch eine erhöhte Sensibilität. Zum Ausdruck kommt dies etwa in den 2004 erlassenen Richtlinien der Schweiz. Akademie der Medizinischen Wissenschaften "Behandlung und Betreuung von älteren, pflegebedürftigen Menschen" oder in der im Frühling 2010 proklamierten "Charta der Zivilgesellschaft - Zum würdigen Umgang mit älteren Menschen". In beiden Dokumenten wird der hohe Stellenwert der Autonomie der Patientinnen und Patienten gewürdigt. Weiter fallen Pflegeheime auf, die sich damit profilieren, keine Magensonden ²⁶ einzusetzen oder auf Fixierungen verzichten ²⁷.

III. Grundlage, Inhalt und Schranken der Patientenautonomie

1. Ausgangslage: Menschenwürde, Persönliche Freiheit, Fürsorgepflicht

Jede medizinische Zwangsmassnahme steht im Widerspruch zur Patientenautonomie. Ausgangspunkt der Patientenautonomie bildet die universal ²⁸ und in Art. 7BV geschützte Menschenwürde. Die Menschenwürdegarantie ist einerseits selbständiges Grundrecht und andererseits Auslegungsorientierung für die übrigen Grundrechte und die ganze Rechtsordnung ²⁹. Die Menschenwürde schützt die Autonomie und das Selbstbestimmungsrecht des Menschen ³⁰. Auf der Menschenwürde basiert das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10BV) und auch das verfassungsmässig garantierte Recht auf Hilfe und Betreuung in Notlagen (Art. 12BV), das notwendige medizinische und pflegerische Leistungen mit einschliesst. Aus diesem Recht auf Hilfe kann im konkreten Fall - unter Bezugnahme auf die Menschenwürde - auch eine Pflicht, sich helfen zu lassen, werden; illustrativ dazu das Bundesgericht im bekannten Zwangsmedikationsentscheid BGE 130 I 16, Erw. 5.2: "Zum öffentlichen Interesse im Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV an Zwangsmedikation hat das Bundesgericht abstrakt ausgeführt, dass dem Gemeinwesen das Schicksal von kranken Personen nicht gleichgültig sein kann. (...) Diesen Ansatzpunkten liegt letztlich das Gebot der Menschenwürde im Sinne von Art. 7BV zugrunde". "In abstrakter Weise kann daher ein Eingriff in die persönliche Freiheit rechtfertigendes Interesse an der zwangsweisen Behandlung kranker Menschen nicht grundsätzlich verneint werden. Wie weit dieses konkret reicht und wo die Grenze zwischen Selbstbestimmung und staatlicher Fürsorge verläuft, ist vor dem Hintergrund einer umfassenden Interessenabwägung in Anbetracht der Notwendigkeit der Behandlung zu beurteilen".

2. Grundrechtlich und menschenrechtlich garantierte Freiheit vor Zwangsmassnahmen

Nach nicht unumstrittener Lehre und Rechtsprechung stellt die Betreuung von Patienten und Patientinnen in öffentlichen Spitälern und Pflegeinstitutionen eine hoheitliche Tätigkeit dar ³¹. Entsprechend sind diese Institutionen an die Grundrechte gebunden ³².

2.1. Grundrecht der persönlichen Freiheit

Das Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) verbietet dem Staat, ohne Rechtfertigungsgrund die persönliche Freiheit eines jeden Bürgers bzw. einer jeden Bürgerin einzuschränken. Der Verfassungstext hebt den Schutz der körperlichen und geistigen Unversehrtheit und den Anspruch auf Bewegungsfreiheit besonders hervor. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung umfasst die persönliche Freiheit alle elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung und individuellen Lebensgestaltung ³³. Vom Schutzbereich dieses Rechts erfasst ist auch die individuelle Entscheidung, sein eigenes Leben durch Suizid zu beenden ³⁴. Zu den elementaren, schützenswerten Lebensbedürfnissen gehören weiter das Verfügen über den eigenen Körper und Gesundheits- und Ernährungsbedürfnisse ³⁵ und die Freiheit,

**** AJP/PJA 2011 Seite 364 ****

eine gegebene Situation eigenmächtig zu beurteilen und entsprechend den daraus gewonnenen Einsichten zu handeln ³⁶. Grundrechtlich haben wir demzufolge auch eine "Freiheit zur Krankheit" und

damit verbunden das Recht, eine Untersuchung, Behandlung oder Therapie abzulehnen³⁷. Auch unvernünftige Entscheide des aufgeklärten und urteilsfähigen Patienten sind zu respektieren³⁸.

2.2. Selbstbestimmungsrecht in der Bioethikkonvention

Das fundamentale Prinzip des Selbstbestimmungsrechts der Patienten und Patientinnen kommt in Art. 5 der seit November 2008 für die Schweiz verbindlichen Bioethikkonvention zum Ausdruck³⁹: "Eine Intervention im Gesundheitsbereich darf erst erfolgen, nachdem die betroffene Person über sie aufgeklärt worden ist und in sie frei eingewilligt hat."

2.3. Relevante Rechte der EMRK

Der verfassungsmässige Schutz der persönlichen Freiheit wird sekundiert durch den Schutz im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁴⁰. Art. 3 der EMRK verbietet Folter, unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung⁴¹. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) kann das Anbinden eines (inhaftierten) Patienten an das Bett in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fallen⁴². Das in Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Privat- und Familienleben schützt vor Zwangsmedikation. Der EGMR hat festgehalten, dass urteilsfähige Personen medizinische Leistungen selbst dann verweigern dürfen, wenn dies möglicherweise fatale Konsequenzen habe⁴³.

2.4. Gerichtspraxis

Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass eine medikamentöse Zwangsbehandlung einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit im Sinne der körperlichen und geistigen Integrität nach Art. 10 Abs. 2 BV und nach Art. 8 Abs. 1 EMRK darstellt und die Menschenwürde nach Art. 7 BV zentral betrifft⁴⁴. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellen weiter Zwangsmassnahmen - wie die Isolierung - schwere Eingriffe in die persönliche Freiheit und die Menschenwürdegarantie dar⁴⁵. In einem Entscheid vom 6. Juli 2010 erkannte das Bundesgericht, das über mehrere Tage erfolgte Festbinden mit einem Fünf-Punkte-Gurt eines Psychatriepatienten stelle einen besonders schwerwiegenden Eingriff in die Freiheit einer Person dar und verstosse überdies gegen das Verbot unmenschlicher Behandlung⁴⁶. Gutgeheissen hat das Bundesgericht kürzlich auch die Beschwerde gegen eine durch die ärztliche Leitung einer Klinik angeordnete Zwangsmedikation eines psychiatrischen Patienten mit einem antipsychotisch wirkenden Neuroleptikum. Grundsätzlich sei die Behandlung und Wahl des Medikamentes Sache der Ärzte, dies ändere "aber nichts an der Pflicht der Gerichte, die verlangte Interessenabwägung, insbesondere auch bezüglich der längerfristigen Nebenwirkungen einer geplanten Zwangsmedikation, vorzunehmen"⁴⁷.

3. Privat-, straf- und verwaltungsrechtlicher Schutz der Patientenautonomie

Die Grundlage für das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und der Patientin befindet sich (auch) im Privatrecht,

**** AJP/PJA 2011 Seite 365 ****

konkret im in Art. 28 Zivilgesetzbuch (ZGB) verankerten Schutz vor Persönlichkeitsverletzung und im Auftragsrecht nach Art. 398 ff. Obligationenrecht (OR). In strafrechtlicher Hinsicht kann eine medizinische Intervention den Tatbestand der Tötlichkeit (Art. 126StGB) oder einen der Körperverletzungstatbestände (Art. 122- 124StGB) erfüllen. Freiheitsbeschränkende Zwangsmassnahmen können zudem strafrechtlich als Nötigung (Art. 181StGB) oder als Freiheitsberaubung (Art. 183StGB) qualifiziert werden.

Nach Lehre und Praxis stellt jeder ärztliche Eingriff bzw. jede medizinische Intervention ein Eingriff in die physische und je nach Umständen auch psychische Integrität und damit eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28ZGB dar, sofern der Eingriff bzw. die Intervention nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist⁴⁸. In strafrechtlicher Hinsicht hielt das Bundesgericht wiederholt fest, dass jede ärztliche, die körperliche Integrität berührende Massnahme den objektiven Tatbestand der Körperverletzung erfülle und folglich ohne rechtfertigende Einwilligung strafbar sei⁴⁹. Pointiert bringt es Eugen Bucher auf den Punkt: "Der Arzt darf den Patienten auch nicht mit seinem kleinen Finger berühren, wenn nicht eine erst noch zu findende Rechtfertigung hierzu gefunden wird"⁵⁰. Das gilt grundsätzlich auch für pflegerische Intervention.

Die Entscheidungsfreiheit des Patienten wird weiter verwaltungsrechtlich durch die Tätigkeit der Aufsichtsbehörden geschützt. So wurde ein Physiotherapeut durch die kantonale Gesundheitsbehörde mit einer Busse von 1'500 Franken bestraft, weil er der Aufforderung der Patientin, die Behandlung

wegen zu starker Schmerzen abbrechen, keine Folge leistete ⁵¹.

4. Einwilligung und Urteilsfähigkeit

4.1. Die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund

Jede medizinische Intervention bedarf der Rechtfertigung. In der Praxis kommt dem Rechtfertigungsgrund der Einwilligung die grösste Bedeutung zu ⁵². Die Einwilligung kann in der Form einer Patientenverfügung vorliegen. Die Patientenverfügung ist ein Surrogat für den Willen der Patientin bzw. des Patienten. Mit der Revision des Vormundschaftsrechts ist die Patientenverfügung nun bundesrechtlich geregelt ⁵³.

Wenn es an einer Einwilligung mangelt, stellt sich die Frage, ob eine medizinische Intervention auch *ohne Einwilligung oder gegen den Willen* des Patienten oder der Patientin zulässig ist. Die beiden Konstellationen haben rechtlich nicht die gleiche Bedeutung.

4.2. Vorgehen bei fehlender Einwilligung

Fehlt es an einer aktuellen Einwilligung in eine Intervention, weil eine aktuelle, auf die Situation bezogene Urteilsunfähigkeit vorliegt und zudem keine Patientenverfügung vorliegt, die für eine solche Situation verbindliche Anweisungen enthält, ist nach dem mutmasslichen Willen der Patientin oder des Patienten zu handeln bzw. es ist die Einwilligung einer vertretungsberechtigten Person erforderlich. Anzuwenden sind diese Regeln auch in Notfallsituationen. Für diese sieht Art. 8 der Bioethik-Konvention vor, dass im Notfall jede Intervention zulässig ist, die im Interesse der betroffenen Person medizinisch unerlässlich ist.

4.3. Verweigerung der Einwilligung

Anders verhält es sich dann, wenn die Einwilligung fehlt, weil die urteilsfähige Person die Einwilligung nicht erteilen *will*. Dies kann durch eine im Voraus verfasste Patientenverfügung festgelegt werden. Bernard Rappaz, der hungerstreikende Gefangene ⁵⁴, hat angeordnet, er wolle nicht zwangsernährt werden, sollte er das Bewusstsein verlieren und deshalb seinem Willen nicht mehr aktuell Ausdruck verleihen. Festgelegt werden kann in einer Patientenverfügung auch, im Falle einer Demenz-Erkrankung sei nach Verlust der Urteilsfähigkeit auf medikamentöse oder sonstige Behandlung zu verzichten. Solche Verfügungen sind für die Ärzte/innen und das Pflegepersonal *grundsätzlich* genauso

**** AJP/PJA 2011 Seite 366 ****

verbindlich ⁵⁵ wie der aktuell geäusserte Wille, eine medizinische oder pflegerische Intervention sei zu unterlassen ⁵⁶. Nur eine medizinische Intervention gegen den *rechtlich relevanten* Willen der Patientin oder des Patienten stellt eine Zwangsmassnahme dar.

4.4. Einwilligung und Urteilsfähigkeit

Eine gültige Einwilligung setzt Urteilsfähigkeit und eine vorgängige Aufklärung über die medizinische Intervention voraus (informed consent Prinzip) ⁵⁷. Die Aufklärung dient dem Schutz der freien Willensbildung und der körperlichen Integrität der Patientinnen und Patienten ⁵⁸. Aufklärung und Einwilligung sind die Instrumente, mit denen behandlungs- und pflegebedürftige Patienten und Patientinnen ihr Selbstbestimmungsrecht wahrnehmen können ⁵⁹.

Bildet die Urteilsfähigkeit das entscheidende Anknüpfungskriterium für die Einwilligung, so kann es auf die Mündigkeit der Person nicht darauf ankommen. Soweit bei unmündigen oder entmündigten Patientinnen und Patienten im konkreten Fall Urteilsfähigkeit im Sinne vor Artikel 16ZGB vorliegt ⁶⁰, bedarf jede medizinische Intervention der gültigen Einwilligung. In BGE 134 II 235 entschied das Bundesgericht, der auf Behandlungsabbruch gerichtete Wille einer dreizehnjährigen Patientin sei zu beachten. Die Jugendliche sei trotz ihres Zustandes (Verletzung des Steissbeins) in der Lage gewesen, die Natur ihrer Verletzung und die vorgeschlagene Behandlung sachgerecht einzuschätzen. Weil der behandelnde Therapeut den lautstark geäusserten Willen des Mädchens nach Behandlungsabbruch nicht respektierte, war der Eingriff rechtswidrig.

Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und der Patientin steht unter dem Vorbehalt der Urteilsfähigkeit. Urteilsunfähige Personen können weder gültig in medizinische Interventionen einwilligen, noch gültig solche verweigern ⁶¹. Nicht urteilsfähig ist nach Art. 16ZGB, wem wegen seines Kindesalters, einer Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.

Aus einer nach objektivem Massstab unvernünftigen Entscheidung eines Patienten oder einer Patientin kann nicht ohne Weiteres dessen Urteilsunfähigkeit abgeleitet werden ⁶². Wichtig hervorzuheben ist: Das Unterlassen der aus medizinischer bzw. pflegerischer Sicht sinnvollen Massnahme wird bei gültiger Ablehnung nicht rechtswidrig. Rechtlich unzulässig wäre vielmehr die Durchsetzung der pflegerisch sinnvollen, aber nicht durch Einwilligung gedeckten Massnahme, sofern nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen einer Zwangsbehandlung gegeben sind.

Die Urteilsfähigkeit ist relativ, sie kann bei ein und derselben Person für bestimmte Handlungen gegeben sein und für andere nicht. Die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit sind je nach Art der in Frage stehenden Rechtshandlung verschieden ⁶³. In der Lehre wird vertreten, bei der Verweigerung einer Einwilligung für eine medizinische Intervention seien niedrigere Voraussetzungen an die Urteilsfähigkeit zu stellen als bei der Erteilung der Einwilligung ⁶⁴. Verbindlicher Massstab bilde nicht die Qualität der Geistesfunktion, sondern die Würde der Person. Wenn Menschen mit eingeschränkter Geistesfunktion sich gegen schmerzhaft oder angstauslösende Behandlungen äusserten, sei diese Ablehnung zu

**** AJP/PJA 2011 Seite 367 ****

respektieren, soweit der Eingriff nicht unmittelbar lebensrettend sei ⁶⁵.

Besonders problematisch ist die Beurteilung der Urteilsfähigkeit bei psychiatrischen Diagnosen und bei Demenz. Hier wie dort kann die Krankheit die Urteilsfähigkeit bezüglich des Entscheides über eine medizinische Massnahme beeinträchtigen. Weder aus einer psychischen Krankheit noch aus der Diagnose "Demenz" lässt sich die Urteilsunfähigkeit linear ableiten, vielmehr muss auch hier differenziert werden ⁶⁶.

IV. Die Rechtsgrundlagen von Zwangsmassnahmen

1. Im Allgemeinen

Eine medizinische Intervention gegen den rechtlich relevanten Willen des Patienten bedarf sowohl aus grund-, privat- und strafrechtlicher Hinsicht einer gesetzlichen Grundlage. Darüber hinaus muss ein Grundrechtseingriff im öffentlichen Interesse liegen oder dem Schutz der Grundrechte Dritter dienen, verhältnismässig sein und darf den Kerngehalt des betroffenen Grundrechts nicht verletzen.

2. Gesetzliche Grundlage

2.1. Bundesrechtliche Bestimmungen

Die gesetzliche Grundlage für die zwangsweise Einweisung in eine stationäre Einrichtung befindet sich in den Bestimmungen zum fürsorglichen Freiheitsentzug (Art. 397a ff. ZGB). Nach Lehre und Gerichtspraxis bieten diese Bestimmungen keine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine Zwangsbehandlung ⁶⁷. Weitere, vorliegend nicht weiter relevante bundesrechtliche Bestimmungen finden sich etwa im Epidemiengesetz ⁶⁸, im Sterilisationsgesetz ⁶⁹ sowie im Bereich des Strafrechts ⁷⁰.

2.2. Die polizeiliche Generalklausel

Umstritten ist, ob ausnahmsweise auch die so genannte polizeiliche Generalklausel eine gesetzliche Grundlage ersetzen kann. In BGE 126 I 112 war eine Isolierung und Zwangsmedikation eines Psychiatriepatienten zu beurteilen. Das Bundesgericht stellte fest, dass es an einer erforderlichen, kantonalen formell gesetzlichen Grundlage fehlte, da der bernische Gesetzgeber die Frage der medizinischen Zwangseingriffe bewusst offen gelassen hatte und die Art. 397a ff. ZGB für eine Zwangsbehandlung keine genügende Rechtsgrundlage darstellen ⁷¹. Die polizeiliche Generalklausel vermöge jedoch eine fehlende 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 (...)" ⁷². Im Ergebnis erachtete das Bundesgericht die Zwangsbehandlung trotz fehlender gesetzlicher Grundlage als nicht verfassungswidrig, soweit es zum Schutz von Leib und Leben erforderlich war. Einschränkend hält das Bundesgericht fest, der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel sei auf echte und unvorhersehbare Notfälle zu beschränken, für typische und erkennbare Gefährdungslagen sei die Anrufung ausgeschlossen ⁷³.

Im Zusammenhang mit dem Fall Rappaz ⁷⁴ wurde die Frage kontrovers diskutiert, ob die polizeiliche Generalklausel bei fehlender gesetzlicher Grundlage auch für eine Zwangsernährung im Strafvollzug herangezogen werden könnte ⁷⁵.

2.3. Kantonale Grundlagen

Liegt kein Fall vor, für den einer der genannten bundesrechtlichen gesetzlichen Grundlagen für die Zwangsmassnahme anwendbar ist, beurteilt sich die Frage der Zulässigkeit nach kantonalem Recht. Dieses ist bezüglich Form und Inhalt unterschiedlich und das Gesamtbild der kantonalen Rechtsgrundlagen uneinheitlich.

Nach der bundesgerichtlichen Praxis stellt namentlich eine Zwangsmedikation im psychiatrischen Bereich eine

**** AJP/PJA 2011 Seite 368 ****

schwere Beeinträchtigung des Grundrechts der persönlichen Freiheit dar⁷⁶. Nach herrschender Lehre kann deshalb nur eine gesetzliche Grundlage in einem formellen Gesetz eine Zwangsbehandlung rechtfertigen⁷⁷.

Je nach Kanton sind die gesetzlichen Grundlagen entweder im Gesundheitsgesetz oder in besonderen Erlassen wie bspw. dem Patienten- oder Psychiatriegesetz geregelt. Im Gesundheitsgesetz des Kantons Zürich sind die Voraussetzungen für Zwangsmassnahmen in den §§ 24-27 näher umschrieben. Freiheitsbeschränkende Massnahmen wie Festhalten oder Festbinden sind zulässig wenn:

- eine Selbst- oder Drittgefährdung vorliegt oder
- eine Freiheitsbeschränkung als Vorbereitung zu einer Zwangsbehandlung unerlässlich ist.

Diese Freiheitsbeschränkungen sind nur zum Schutz einer unmittelbaren und ernsthaften Gefahr erlaubt und dürfen nur möglichst kurze Zeit angewendet werden.

Zwangsbehandlungen sind unter den folgenden Voraussetzungen zulässig:

- Notsituation,
- Behandlung einer psychischen oder körperlichen Krankheit,
- Abwendung einer ernsthaften und unmittelbaren Gefahr für die Gesundheit oder das Leben der betroffenen Person oder von Dritten.

Das Gesetz enthält weiter Bestimmungen über länger dauernde medikamentöse Behandlungen. Für die Anordnung von Zwangsmassnahmen sind die verantwortlichen Ärztinnen und Ärzte zuständig, in Notfällen ist bis zum Eintreffen der verantwortlichen Ärztinnen und Ärzte das zuständige Fachpersonal dazu befugt. Zwangsmassnahmen müssen dokumentiert werden und sie unterliegen einer gerichtlichen Beurteilung.

Nach § 24 Abs. 1 lit. a-c des Zürcher Patientengesetzes sind Zwangsmassnahmen nur auf Personen anwendbar, die sich im Rahmen des Straf- oder Massnahmenvollzugs oder eines fürsorglichen Freiheitsentzugs (FFE) in einer stationären Einrichtung befinden, sowie auf Personen, die nicht urteilsfähig sind. Letzteres ist meines Erachtens missverständlich. Wie dargestellt wurde, schliessen sich fehlende Urteilsfähigkeit und Zwang begriffslogisch aus. (Wer urteilsunfähig ist, kann keinen rechtlich relevanten Willen bilden und folglich kann keine Massnahme gegen den Willen der Person vorliegen). In § 24 Abs. 2 wird darauf verwiesen, dass aufgrund allgemeiner Rechtsgrundsätze geltende Befugnisse zur kurzfristigen zwangsweisen Hilfe- und Abwehrmassnahmen bei drohenden Übergriffen auf Leib und Leben vorbehalten bleiben. Mit dieser Bestimmung wird klargestellt, dass unter den genannten Voraussetzungen auch gegen Patienten und Patientinnen Zwang angewendet werden kann, wenn diese weder durch einen FFE noch im Rahmen des Straf- und Massnahmenvollzugs eingewiesen worden sind. Auch in anderen kantonalen Gesundheitsgesetzen wie beispielsweise demjenigen des Kantons Bern sind Zwangsmassnahmen lediglich gegenüber Patienten/innen zulässig, die nach den FFE-Bestimmungen in eine stationäre Einrichtung eingewiesen worden sind⁷⁸.

Einen weiteren Anwendungsbereich für Zwangsmassnahmen freiheitsbeschränkender Art wählte jüngst der Kanton Aargau. Im Gesundheitsgesetz des Kantons Aargau wird in § 29 eine gesetzliche Grundlage zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit von Patienten in stationären Einrichtungen geschaffen. Dabei kommt es auf die Aufenthaltsursache (FFE, Straf- oder Massnahmenvollzug oder freiwilliger Eintritt) nicht an. Eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit ist zulässig, wenn dies zur Abwendung einer ernsthaften und unmittelbaren Gefahr für die Gesundheit oder das Leben der betroffenen Person oder von Dritten erforderlich ist. Die Massnahme muss zudem befristet und verhältnismässig sein und in der Krankengeschichte dokumentiert werden. Nach § 29 Abs. 2 des Aargauer Gesetzes kann die betroffene oder eine ihr nahe stehende Person gegen die Einschränkung der Bewegungsfreiheit jederzeit schriftlich die vom Regierungsrat bezeichnete Stelle anrufen. In der Patientenverordnung wird präzisiert, dass Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit grundsätzlich von

Kaderpersonen aus dem ärztlichen oder pflegerischen Bereich anzuordnen sind.

3. Öffentliches Interesse und Schutz von Grundrechten Dritter

Das Vorliegen eines öffentlichen Interesses bildet die Grundvoraussetzung jeder Einschränkung der persönlichen Freiheit einschliesslich Eingriffen in die physische und psychische Integrität. Der Schutz der Gesundheit stellt ein anerkanntes öffentliches Interesse dar. Zahlreiche bundesgerichtliche Entscheide betreffen primär die Volksgesundheit. Die physische und psychische Gesundheit unbestimmt vieler soll vor Fremd- und unter Umständen auch vor Selbstgefährdung

**** AJP/PJA 2011 Seite 369 ****

bewahrt werden und dadurch soll die Gesundheit der Bevölkerung insgesamt verbessert werden. Die Entscheide betrafen etwa öffentliche Interessen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten⁷⁹, zur Legitimierung von Berufsausübungsverboten⁸⁰ oder zahnmedizinische Untersuchungen⁸¹.

Zu den einen Grundrechtseingriff rechtfertigenden öffentlichen Interessen zählt auch der Schutz von Kranken und Hilfsbedürftigen einschliesslich des Schutzes dieser Personen vor sich selbst. Das Bundesgericht hat festgehalten, dem Gemeinwesen könne das Schicksal von kranken Personen nicht gleichgültig sein⁸².

Auch der Schutz von Grundrechten Dritter rechtfertigt einen Grundrechtseingriff. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Schutz der Grundrechte Dritter jedoch regelmässig bereits im Schutz der Polizeigüter (öffentliche Ordnung, Sicherheit, Gesundheit und Sittlichkeit) enthalten⁸³; der Schutz der Polizeigüter stellt ein typisches, einen Grundrechtseingriff rechtfertigendes öffentliches Interesse dar⁸⁴.

4. Verhältnismässigkeit

Pflegerische Zwangsmassnahmen müssen wie jeder Grundrechtseingriff verhältnismässig (geeignet, erforderlich, zumutbar) sein. Die zur Erreichung eines grundsätzlich legitimen Zweckes ungeeigneten Massnahmen sind von vornherein unverhältnismässig und damit unzulässig. Eine Zwangsmassnahme ist jedoch auch dann unverhältnismässig, wenn eine geeignete mildere, d.h. das Grundrecht weniger stark beschränkende Massnahme ebenfalls zum gewünschten Ziel führt. Von diesen Grundsätzen ausgehend hat das Bundesgericht in BGE 124 I 40 festgehalten, die ambulante psychiatrische Begutachtung einer hochbetagten, gebrechlichen und pflegebedürftigen Person habe soweit als möglich in ihrer gewohnten Umgebung stattzufinden; dies sei einer stationären Abklärung vorzuziehen⁸⁵.

5. Kerngehalt

Nach Art. 36 Abs. 4 BV ist der Kerngehalt eines Grundrechts unantastbar. Eine Verletzung des Kerngehalts liegt vor, wenn der Wesenskern des Grundrechts völlig unterdrückt oder in seinem Gehalt entleert wird⁸⁶. Der Kerngehalt der persönlichen Freiheit wird bei Einbrüchen in den seelischen Eigenraum, wie auch bei Beeinflussung des Willens oder der Willensbildung verletzt⁸⁷. Im Zusammenhang mit medizinischen Zwangsmassnahmen hat das Bundesgericht festgehalten, dass Zwangsmedikationen oder Isolation den Kerngehalt der persönlichen Freiheit zumindest berühren⁸⁸.

V. Schlussbemerkungen

Die schweizerische Rechtsordnung trägt im Einklang mit den Wertungen, wie sie in völkerrechtlichen Menschenrechtsverträgen zum Ausdruck kommt, der Autonomie des Menschen, einschliesslich kranker und schutzbedürftiger Personen, weitreichend Rechnung. Im Spannungsfeld zwischen staatlicher Verpflichtung zum Autonomieschutz und staatlicher Fürsorgepflicht zeigt sich dabei eine Tendenz zu einer stärkeren Gewichtung der Autonomie⁸⁹. Auf diesem Hintergrund sind pflegerische Zwangsmassnahmen rechtlich grundsätzlich heikel. Dabei kann nicht übersehen werden, dass Pflegeinstitutionen und das darin tätige medizinische und pflegerische Personal heikle Abwägungsentscheide zwischen Haftungsrisiken und Verletzung des Selbstbestimmungsrechts der Patienten/innen zu treffen haben.

Eine Sichtung der bundes- und kantonrechtlichen Rechtsgrundlagen für pflegerische Zwangsmassnahmen zeigt, dass regelmässig kantonale gesetzliche Regelungen für Zwangsmassnahmen gegenüber Patienten/innen vorgesehen sind, die sich unfreiwillig in einer stationären Einrichtung aufhalten. Von Ausnahmen abgesehen⁹⁰ finden sich in den kantonalen Gesetzen keine Vorschriften über Zwangsmassnahmen im ambulanten Bereich und freiwilligem Aufenthalt in stationären Einrichtungen. Sofern und soweit sich die betroffenen Personen allfälligen

Zwangsmassnahmen durch eigene Entscheidungen und Handlungen entziehen können, ist ein spezifischer rechtlicher Schutz auch nicht notwendig. Anders verhält es sich jedoch bei Personen, die zwar einen rechtlich relevanten Willen zur Ablehnung einer bestimmten Massnahme äussern können, jedoch in ihrer Mobilität faktisch eingeschränkt sind. Betroffen sind hier vor allem demenzkranke Patienten/innen; der Mangel an auf sie anwendbare rechtliche Grundlagen bewirkt eine Schutzlücke. Zu einem ähnlichen Befund kommt eine Studie zur Unterbringungs- und Behandlungspraxis psychiatrischer Patienten/innen

**** AJP/PJA 2011 Seite 370 ****

in den EU-Mitgliedstaaten. Insgesamt ist die Gruppe der demenzkranken Patienten in den EU-Staaten weniger geschützt als (andere) psychiatrische Patienten ⁹¹.

Der geschilderte Zustand ist unbefriedigend: Personen, die sich unfreiwillig oder freiwillig in einer stationären Einrichtung aufhalten, haben Anspruch darauf, dass eine allfällige Zwangsmassnahme nach rechtsstaatlichen Kriterien vorgenommen wird. Gleiches gilt für Zwangsmassnahmen im ambulanten Bereich. Gesetzliche Grundlagen haben deshalb klar zu stellen, unter welchen Voraussetzungen und zu welchem Zweck die Anwendung von Zwang zulässig ist. Auch braucht es verfahrensmässige Vorschriften und Rechtsschutzmöglichkeiten. Das neue Erwachsenenschutzrecht nimmt die identifizierte Schutzlücke auf, es enthält Bestimmungen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit (nArt. 383 f. ZGB) für Bewohner/innen von Heimen und Pflegeinstitutionen und regelt heikle Fragen der Vertretung bei medizinischen Massnahmen (nArt. 377 ff. ZGB). Wie weit diese neuen Bestimmungen sich nach ihrem Inkrafttreten am 1. Januar 2013 in der Praxis bewähren werden, bleibt abzuwarten ⁹².

(Kompetenz des behandelnden Arztes, die geeigneten Massnahmen zu treffen, um die Weiterverbreitung einer Epidemie auszuschalten).

* Der Beitrag basiert auf einem Vortrag des Autors zum Thema anlässlich der ersten St. Galler Pflegerechtstagung vom 1. September 2010. Der Autor dank seiner Mitarbeiterin, Sandra Kuratli, BSc ZFH in Business Law, für ihre wertvolle Unterstützung bei der Bereinigung der Fussnoten und dem Schlusslektorat.

¹ Die unendliche Geschichte des Walliser Hanfbauern wird auf der Wikipedia-Homepage laufend aktualisiert, siehe <http://www.wikipedia.ch> (Stichwort "Rappaz" eingeben).

² Bundesgerichtsentscheid vom 26.8.2010, 6B_599/2010.

³ Medienmitteilung des Kantonsgericht des Kanton Wallis vom 3. Dezember 2010 zum Fall Bernard Rappaz <http://www.vs.ch/Navig/navig.asp?MenuID=25006> (besucht: 4.1.2011).

⁴ http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/rappaz_gnadengesuch_1.8421574.html (besucht: 4.1.2011).

⁵ http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/wallis_hanfbauer_rappaz_1.8621263.html (besucht: 17.12.2010).

⁶ Zwischen Gefängnissen und Heimen bestehen Ähnlichkeiten. Der Soziologe Erving Goffmann bezeichnet Gefängnisse und Spitäler oder Heime als "totale Institutionen", die das Leben der Insassen umfassend regeln und einer einzigen Autorität unterwerfen, siehe Erving Goffmann, *Asyle: Über die soziale Situation psychiatrischer Patienten und anderer Insassen*, Frankfurt a. M., 1973.

⁷ Zum Sonderstatusverhältnis siehe BGE 97 I 45; BGE 98 Ib 301. Die Rechtsfigur ist nicht unumstritten.

⁸ EGMR vom 3.4.2001, *Keenan v UK*, Appl. No 27229/95, Rz. 89. Siehe dazu grundlegend auch: Jörg Künzli/Alberto Achermann, *Gesundheitsrelevante Rechte inhaftierter Personen im Bereich des Schutzes vor Infektionskrankheiten und Kompetenzen des Bundes zu ihrer Durchsetzung*, Studie zuhänden des Bundesamtes für Gesundheit, Sektion Aids, Bern 2007, 15 ff. Quelle: <http://www.bag.admin.ch/evaluation/01759/02062/03821/index.html> (besucht: 16.8.2010).

⁹ Regina Kiener, *Organisierte Suizidhilfe zwischen Selbstbestimmungsrecht und staatlichen Schutzpflichten*, ZSR 2010, 271 ff.

¹⁰ Pierre-André Wagner, *Pflege und Recht*, Ein Reiseführer für Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner, Bern 2009, 46.

¹¹ Amtsgericht Eggenfelden, Urteil vom 11.12.2000, Vers. R 2001, 912-913.

¹² Mario Etzensberger, *Die medizinisch-therapeutische Behandlung und Zwangsmassnahmen aus der Sicht der Psychiatrie*, Erwartungen an das Recht, ZVW 2001, 244 ff.

¹³ Etzensberger (FN 12), 250.

¹⁴ Daniel Hell, *Leitlinien zum Umgang mit Zwangsmassnahmen in der Medizin*, in: Gerhard Ebner et.al (Hrsg.), *Psychiatrie und Recht*, Zürich 2005, 269-277.

¹⁵ Siehe nur die jüngsten Bundesgerichtsentscheide: BGer vom 6.7.2010, 5A_335/2010; BGer vom 25.3.2010, 4A_459/2009; BGer vom 21.12.2009, 5A_792/2009; BGer vom 2.9.2009, 5A_524/2009.

¹⁶ So ausdrücklich im Zürcher Patientinnen- und Patientengesetz vom 5. April 2004, Gesetzessammlung 813.13, Paragraph 1 lit. b.

¹⁷ Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), Kapitel 2.1.

¹⁸ Diese Unterteilung wird in der Richtlinie "Zwangsmassnahmen in der Medizin" der SAMW vorgenommen (Kapitel 2.1).

¹⁹ Überblick bei: Valentin Aichele/Jakob Schneider, *Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege*, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2. A., Berlin 2006, 37.

- ²⁰ Siehe zu einer diesbezüglichen Kontroverse: Süddeutsche Zeitung, 7. Januar 2010, Elektronische Überwachung von Demenzkranken in der Diskussion.
- ²¹ Siehe zu diesem Problemkreis ausführlich: Frank Th. Petermann, Demenz-Erkrankungen und Selbstbestimmung - Ein Widerspruch in sich?, Hill 2007 N. 1, 5.3.2, Rz. 47 ff.
- ²² Aichele/Schneider (FN 19), 37, mit weiteren Literaturhinweisen.
- ²³ Thomas Klie/Thomas Pfundstein, Münchner Studie: Freiheitsentziehende Massnahmen in Münchner Pflegeheimen, in: Birgit Hoffmann/Thomas Klie (Hrsg.): Freiheitentziehende Massnahmen, Unterbringung und unterbringungsähnliche Massnahmen in Betreuungsrecht und -praxis, Heidelberg 2004, 75-130.
- ²⁴ Der Psychiater Daniel Hell (FN 14) weist - allerdings unbelegt - darauf hin, dass Zwangsmassnahmen in der Notfall- und Intensivmedizin, in der Pädiatrie und in geriatrischen Einrichtungen und erst recht in nicht medizinischen Institutionen wie Pflegeheimen weitaus häufiger vorkämen als in der Psychiatrie.
- ²⁵ Siehe dazu den Bericht im Tagesanzeiger vom 13.1.2009 "Heikle Freiheitsbeschränkungen im Pflegeheim".
- ²⁶ Siehe Tagesanzeiger (FN 25), Hinweis auf die Praxis im Pflegeheim Sonnweid.
- ²⁷ Siehe z. B. <http://www.buergerheim.net/angebot/fix.html> (besucht: 19.8.2010).
- ²⁸ Allg. Erklärung der Menschenrechte, Art. 1: "Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren (...)".
- ²⁹ Philippe Mastronardi, N 21-30 zu Art. 7 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2008.
- ³⁰ Siehe dazu Heike Baranzke, Menschenwürde zwischen Pflicht und Recht, Zum ethischen Gehalt eines umstrittenen Begriffs, Zeitschrift für Menschenrechte, 2010, 10 ff.
- ³¹ BGE 111 II 149, Erw. 3a; BGE 122 I 153, Erw. 2. In seinem Aufsatz "Das Horror-Konstrukt der Zwangsmedikation" (ZBJV 2001, 764 ff.) argumentiert Eugen Bucher vehement und pointiert gegen Qualifikation der Behandlungstätigkeit in öffentlichen Krankenhäusern als eine hoheitliche Tätigkeit, den Patienten als ein dem behandelnden Arzt untergeordnetes Subjekt zu betrachten und letzteren an staatlicher Macht teilhaben zu lassen, entspreche weder dem Selbstverständnis der Ärzteschaft noch den Anschauungen des Publikums.
- ³² Art. 35 Abs. 1 und 2 BV.
- ³³ BGE 133 I 110, Erw. 5.2.
- ³⁴ BGE 133 I 58, Erw. 6.1.
- ³⁵ Martin Schubarth, Therapiefreiheit des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten, Konsequenzen für das Arztstrafrecht und die formula magistralis, AJP/PJA 2007, 1089 ff.; Rainer J. Schweizer, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Georg Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 691 ff. N 20.
- ³⁶ BGE 133 I 58, Erw. 6.1.
- ³⁷ Schubarth (FN 35), 1093 ff; Kiener (FN 9), 275 f. Eingeschränkt wird diese Freiheit jedoch dann, wenn Patienten/innen versicherte Leistungsansprüche gegenüber Sozialversicherungen geltend machen. Im Rahmen der Schadenminderungspflicht können die zuständigen Sozialversicherungsorgane Untersuchungen oder Behandlungen anordnen und bei Verweigerung die Leistungen kürzen oder einstellen. Damit entsteht im Ergebnis eine mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigung. Siehe zum Ganzen: Kurt Pärli, Grundrechtliche Schranken der Pflicht zur Selbsteingliederung in der Invalidenversicherung, HAVE 2009, 260 ff.
- ³⁸ Schubarth (FN 35), 1093.
- ³⁹ Das Übereinkommen des Europarates zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin vom 4. April 1997 (Bioethikkonvention) wurde von der Schweiz am 7.5.1999 unterzeichnet und konnte nach dem Genehmigungsbeschluss des Parlaments am 14. Juli 2008 ratifiziert werden. Zur Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten im Abkommen siehe: Botschaft zur Ratifikation der Bioethikkonvention vom 12. September 2001, BBl 2002 291.
- ⁴⁰ Der EMRK kommt angesichts der Möglichkeit, eine Verletzung der Konventionsgarantien vor dem Gerichtshof in Strassburg einzuklagen, eine besondere Bedeutung zu. Zwangsbehandlungen sind jedoch auch in anderen menschenrechtlichen Konventionen verboten, im UNO-Pakt II (Pakt über bürgerliche und politische Rechte) betrifft dies die folgenden Artikel: Art. 7 (Schutz vor u.a. unmenschlicher Behandlung und vor medizinischen Versuchen ohne freiwillige Zustimmung), Art. 9 Abs. 1 (Recht auf persönliche Freiheit), Art. 10 (Schutz vor unrechtmässigem Freiheitsentzug), Art. 17 (Schutz vor willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in das Privatleben). Zur Bedeutung der UNO-Pakt II-Bestimmungen bei medizinischen Zwangsmassnahmen siehe Hardy Landolt, Pflegerecht, Band 1, Grundlagen des Pflegerechts, Bern 2001, N 150 ff.
- ⁴¹ Parallele Bestimmungen finden sich in Art. 7 UNO-Pakt II, Art. 37 lit. a UNO-Kinderrechtskonvention, Art. 16 UNO-Kinderrechtskonvention und in Art. 10 Abs. 3 der BV.
- ⁴² EGMR, Urteil vom 27.11.2003, *Hénaf c. Frankreich*, Appl. No. 65436/01.
- ⁴³ EGMR, Urteil vom 29.4.2002, *Pretty c. Grossbritannien*, Appl. No. 2346/02, N 63.
- ⁴⁴ BGE 130 I 16, Erw. 3; BGE 127 I 6, Erw. 5; BGE 126 I 112.
- ⁴⁵ BGE 134 I 209, Erw. 2.3.1; BGE 127 I 6, Erw. 5; BGE 126 I 112, Erw. 3a/3b.
- ⁴⁶ BGer vom 6.7.2010, 5A_335/2010, Erw. 5.3.
- ⁴⁷ BGer vom 2.9.2009, 5A_524/2009, Erw. 2.4.2.
- ⁴⁸ BGE 134 II 235, Erw. 4.1; BGE 133 III 121, Erw. 4.1.1; BGE 117 Ib 197, Erw. 2a; BGE 113 Ib 420, Erw. 2; BGE 112 II 118, Erw. 5e. Andreas Bucher, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 2. A., Basel 1995, Nr. 524; Christian Brückner, Die Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs in die körperliche Integrität gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB, Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR), 1999-I, 451-479.
- ⁴⁹ BGE 99 IV 208; BGE 124 IV 258. Brigitte Tag, in: Moritz W. Kuhn/Tomas Poledna (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. A., Zürich 2007, 673 ff.
- ⁵⁰ Bucher (FN 31), 780.
- ⁵¹ BGE 134 II 235, Erw. 4.2.

- 52 Als gesetzlicher Rechtfertigungsgrund einer durch eine medizinische Intervention verursachten Persönlichkeitsverletzung kommt in erster Linie Art. 2 Abs. 2 Epidemienengesetz in Frage
- 53 Das Institut der Patientenverfügung wird im Rahmen einer umfassenden Revision des Vormundschaftsrechts (neu: Erwachsenenschutzrecht) in Art. 370ZGB eingeführt. Siehe zum Ganzen die kritische Beurteilung der Revision bei Christopher Geth/Martino Mona, Widersprüche bei der Regelung der Patientenverfügung im neuen Erwachsenenschutzrecht: Verbindlichkeit, mutmasslicher Wille oder objektive Interessen?, ZSR 2009-I, 157 ff. Die Autoren kritisieren, dass nach dem revidierten Gesetz nicht der mutmassliche Wille des Patienten massgeblich sein soll, sondern die objektiven Interessen. Dies sei ein Rückschritt vom Freiheits- zum Fürsorgemodell.
- 54 Siehe dazu vorne, Einleitung, 360 f.
- 55 Siehe jedoch die in nArt. 327 Abs. 2 ZGB vorgesehene Regelung, wonach von der Patientenverfügung abgewichen werden darf, wenn begründete Zweifel bestehen, dass diese noch dem mutmasslichen Willen entspricht. Gemäss Botschaft sind die Zweifel schon begründet, wenn "die Patientenverfügung vor längerer Zeit errichtet worden ist und deren Verfasserin oder Verfasser später eine andere Meinung geäußert hat" (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7033). Zur Kritik an dieser Bestimmung siehe Geth/Mona (FN 53), 171 ff.
- 56 Zur Patientenverfügung bei Demenzerkrankungen siehe umfassend: Petermann (FN 21), 1 ff. Petermann erachtet auch eine Anweisung, im Demenzfall sei auf jede Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr zu verzichten, wenn ohne fremde Hilfe nicht mehr gegessen und getrunken werden könne, als verbindlich. Darüber hinaus soll angeordnet werden können, dass reflexartige Gesten, die ein Hunger- oder Durstgefühl ausdrücken könnten, diese Anordnung nicht aufheben solle (N 44 ff.).
- 57 Dazu erstmals ausdrücklich das Bundesgericht in BGE 105 II 284. Siehe schon Eugen Bucher, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte: insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Zürich 1956, 131 ff.
- 58 Thomas Gächter/Irene Vollenweider, Gesundheitsrecht, Basel 2008, N 494.
- 59 Wolfgang Wiegand, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, Eine Standortbestimmung anlässlich der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: recht 1993, 149 ff.
- 60 Siehe dazu ausführlich: Margot Michel, Der Fall Ashley oder von Grenzen und Massstäben elterlicher Entscheidungskompetenz, in: Bianka S. Dörr/Margot Michel (Hrsg.), Biomedizinrecht: Herausforderungen, Entwicklungen, Perspektiven, Zürich 2007, 141 ff.
- 61 Das ergibt sich nach Bucher (FN 31) ohne Weiteres aus Art. 18ZGB: Wer nicht urteilsfähig ist, vermag unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen durch seine Handlungen keine rechtlichen Wirkungen herbeizuführen.
- 62 Thomas Geiser, Die medizinisch-therapeutische Behandlung und Zwangsmassnahmen im Lichte der geltenden Rechtslage und besonderer Berücksichtigung von vormundschaftlichen Fragestellungen, ZVW 2001, 225 ff. Siehe dazu Bucher (FN 31), der in Bezug auf Schizophreniepatienten eine andere Meinung vertritt.
- 63 Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid, § 9, N 30, in: Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. A., Zürich/Basel/Genf 2009; Ivo Schwander, N 10 zu Art. 16 ZGB, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), ZGB, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 2006.
- 64 Geiser (FN 62), 230.
- 65 Brückner (FN 48), 460.
- 66 So Geiser (FN 62) in Bezug auf Psychiatriepatienten/innen.
- 67 BGE 125 III 169 f.; BGE 118 II 248; Thomas Geiser, Die fürsorgliche Freiheitsentziehung als Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung? in: Familie und Recht, Festschrift für Bernhard Schnyder, Fribourg 1995, 289-314, Rz 2.1 ff.
- 68 Art. 28 Abs. 2 Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 18. Dezember 1970, SR 818.101.
- 69 Art. 7 Bundesgesetz über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen vom 17. Dezember 2004, SR 211.111.1.
- 70 Siehe dazu BGE 130 IV 49 ff. im Zusammenhang mit aArt. 43 StGB (Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937), SR 311.0. (Die Grundlage für die Behandlung von psychischen Störungen findet sich neu in Art. 59StGB).
- 71 BGE 126 I 112, Erw. 3c.
- 72 Hardy Landolt, Pfliegerrecht, Band II, Bern 2002, Rz. 140.
- 73 BGE 126 I 112, Erw. 4c. Zur Kritik an dieser Entscheidung siehe: Markus Müller, Legalitätsprinzip - Polizeiliche Generalklausel - Besonderes Rechtsverhältnis, Gedanken zu einem neuen Bundesgerichtsentscheid betreffend die Frage der Zwangsmedikation im fürsorglichen Freiheitsentzug (BGE 126 I 112 ff.), in: ZBJV 2000, 725 ff.
- 74 Siehe vorne FN 1 ff.
- 75 Befürwortend: Markus Müller, Hungerstreik und Strafvollzug, NZZ vom 29. Juli 2010. Ablehnend: Benjamin F. Brägger, Zwangsernährung im Strafvollzug - Replik zu "Hungerstreik und Strafvollzug" von Markus Müller, in: Jusletter 16. August 2010.
- 76 BGE 130 I 16, Erw. 3; BGE 127 I 6, Erw. 5; BGE 126 I 112. Siehe auch: BGE 134 I 209, Erw. 2.3.2: Die Unterbringung in einem abgeschlossenen, einer Isolierzelle ähnlichem Zimmer, bedeutet eine zusätzliche Einschränkung der Freiheit des Patienten, die nicht durch den fürsorglichen Freiheitsentzug abgedeckt ist, vielmehr ist für eine solche Massnahme eine zusätzliche gesetzliche Grundlage notwendig.
- 77 Thomas Geiser, Medizinische Zwangsmassnahmen bei psychisch Kranken aus rechtlicher Sicht, in: recht 2006, 91 ff.; Rainer J. Schweizer, N 38 zu Art. 10 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastrorandi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2008; Alain Joset, Zwangsmedikation im Rahmen der fürsorglichen Freiheitsentziehung, AJP/PJA 2000, 1424 ff.
- 78 Art. 41 Abs. 1 Gesundheitsgesetz Kanton Bern.
- 79 BGE 99 Ia 747, Erw. 3.
- 80 BGE 116 Ia 118, Erw. 5.
- 81 BGE 118 Ia 427 ff.
- 82 BGE 130 I 16, Erw. 5.2.

83 BGE 130 I 16, Erw. 5.2.

84 Schweizer (FN 77), N 21 zu Art. 36 BV.

85 BGE 124 I 40, Erw. 4b. In dieser Entscheidung hielt das Bundesgericht auch bemerkenswerterweise fest, hochbetagte gebrechliche Menschen seien von den Behörden eines Rechtsstaates besonders schonend, rücksichtsvoll und in einer Art und Weise zu behandeln, die ihre Würde nicht antaste.

86 Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. A., Zürich 2008, Rz. 324.

87 BGE 109 Ia 273, Erw. 7.

88 BGE 126 I 112, Erw. 3a.

89 Zur (Über)Betonung der Autonomie als medizinisches Prinzip siehe: Michel (FN 60), 150.

90 Siehe das weiter vorne erwähnte Beispiel des Gesundheitsgesetzes des Kantons Aargau.

91 Martin Breustedt, Gesetzgebung und Praxis psychiatrischer Zwangsmassnahmen in Europa - Die "Methode der offenen Koordinierung" als Gestaltungsinstrument europäischer Harmonisierungsprozesse, Bielefeld, 2006, 39 (Quelle: http://ec.europa.eu/health/ph_determinants/life_style/mental/green_paper/mental_gp_co177.pdf besucht: 4.1.2011).

92 Siehe dazu die Medienmitteilung des EJPd vom 12.1.2011: Neues Erwachsenenschutzrecht tritt am 1. Januar 2013 in Kraft. Kantone müssen ihre Behördenorganisation anpassen. Der Bundesrat hat am Mittwoch das neue Erwachsenenschutzrecht auf den 1. Januar 2013 in Kraft gesetzt. Die überwiegende Mehrheit der Kantone hatte sich zuvor in einer Umfrage für eine Inkraftsetzung auf diesen Zeitpunkt ausgesprochen. Die Kantone müssen ihre Behördenorganisation teilweise erheblich ändern, um den Anforderungen des neuen Rechts zu genügen. (Quelle: <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2011/2011-0-1-12.html> besucht: 4.2.2011).