

■ Urteilsanmerkung

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

Von Professor Dr. iur. EUGEN BUCHER, Bern

I. Vorbemerkungen

Beide Bundesgerichtsentscheide (wie auch viele vorangehende) sind auf «Zwangsmedikation», «Zwangstherapie» und weitere «Zwänge» bei der Behandlung von psychisch Kranken fokussiert: Formeln, die der empfindsame Bürger nur schwer erträgt, wird doch unter anständigen Leuten Zwang überhaupt nicht und unter keinen Umständen praktiziert: Selbst wenn es beim Balgen Jugendlicher oder gar in Kriegen gewaltsam zugeht, spricht man nicht von Zwang: Zwangsanwendung gilt allein Bösewichtern, welche von der Polizei gefasst werden müssen. Wo haben wir in unseren Fällen den zwangsherausfordernden Bösewicht, und wer spielt die Rolle des Polizisten?

Näheres Zusehen wird weder Bösewichter noch Polizisten sichtbar machen, wohl aber andere Schrecken zutage fördern: Für Anwendung von Zwang fordert das Gericht mit Persistenz eine «gesetzliche Grundlage». Wenn aber Zwang gleichzeitig als Zufügen von Ungemach, ja von Plagen oder gar als Quälerei verstanden (und zum Überfluss gar in die Nähe der Folter gerückt) wird und die Grundaussage des hohen Gerichts auf die Formel hinausläuft: «Quälen (nur, aber immerhin) mit gesetzlicher Grundlage zulässig», hört die Gemütlichkeit auf: Irgendetwas stimmt da nicht mehr. Das hohe Gericht entschwindet, nicht im Ergebnis, wohl aber in dessen Begründung in irrealer Höhen und verliert elementarste Rechtsgrundsätze einschliesslich die Verfassung selber aus dem Blick, und zu der am Anfang stehenden Sorge um die Behandlung psychisch Kranker tritt mehr und mehr die Sorge um das Verfassungsverständnis der I. öffentlichrechtlichen Abteilung hinzu. Für diese im Folgenden zu begründende Feststellungen (die er, durch die «Zwangs»-vorstellung und das Mitempfinden mit den Kranken zum Griff in die Tasten veranlasst, bei Beginn vorliegender Arbeit nicht in vollem Umfang vorausgesehen hat) ersucht der Schreibende zum Vornherein um Nachsicht.

Ursache des höchstrichterlichen Verlusts des Realitätsbezugs liegt darin, dass das Gericht weitgehend die Sicht der die Funktion der Prozess-

parteien übernehmenden antipsychiatrischen Kreise zu der seinigen macht und den Gesichtspunkt der hier fehlenden Urteilsfähigkeit der Patienten aus den Überlegungen ausschliesst, der bei den hier betrachteten Sachverhalten im Zentrum stehen müsste. Die Missachtung dieses Aspekts bringt aber die Entscheidungen auch in prozessualer Hinsicht ins Wanken: Bei Urteilsunfähigkeit der Beschwerdeführer fehlt es an den Prozessvoraussetzungen (dazu unten Ziff. III/1).

Weitere Überlegungen, die insbesondere durch die weit ausholenden Auslassungen des Basler Entscheids veranlasst sind, werden zeigen, dass die hier in Frage stehenden persönlichen Beziehungen des Patienten zu seinen Ärzten und Pflegern nicht (kantonalem) öffentlichem Recht, sondern Bundesprivatrecht unterliegen, was wiederum bedeutet, dass in genannten (und allen gleichartigen) Fällen das Verfassungsrecht keine Funktion hat, die I. öffentlichrechtliche Abteilung keine Zuständigkeit besitzt (unten Ziff. III/2, 3).

II. Die beiden Entscheidungen des Bundesgericht und das Requisit der Urteilsfähigkeit

1. **Entscheidgehalt**

Am 23. Mai 2000 hatte die I. öffentlichrechtliche Abteilung im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde gegen ein Urteil des bernischen Verwaltungsgerichts zu entscheiden über die Zulässigkeit einer am 6. und 7. Januar 1998 erfolgten «Zwangsmedikation und Isolierung» eines schwer geistesgestörten Patienten in der bernischen Universitätsklinik Waldau (BGE 126 I 114). Im Ergebnis wurde die Beschwerde abgewiesen, dies unter der Qualifikation der von den Ärzten getroffenen bzw. angeordneten Massnahmen «als nicht verfassungswidrig» (E. 4) und der Feststellung der Abwesenheit einer «Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips» (E. 5). Sodann war in einem Entscheid vom 22. März 2001¹ gegenüber der Psychiatrischen Universitätsklinik Basel wiederum die gleiche Grundsatzfrage zu entscheiden (die beiden werden als «Berner» bzw. «Basler» Entscheidung auseinander gehalten). In beiden Fällen nimmt das Gericht wenig-

¹ BGE 22.3.2001 mit Zeichen 1P.103/2001/bie, von welchem Entscheid der Schreibende, als vorliegender Aufsatz im ersten Entwurf bereits vorlag, aus der Ausgabe der NZZ vom 28.4.2001 Kenntnis erhielt und ihn gestützt auf obige Angaben über Internet abrufen konnte (jetzt BGE 127 I 6). Dort lässt sich auch der Text des Basler «Gesetz über Behandlung und Einweisung psychisch kranker Personen (Psychiatriegesetz)» (no. 323.100) abrufen (www.gesetzesammlung.bs.ch).

stens dem Grundsatz nach das Vorliegen von Zwangsausübung und daher eine Verletzung der Freiheitsrechte des Patienten an.

2. **Der verkannte Gesichtspunkt gegebener oder fehlender Urteilsfähigkeit**

a) *Weder Freiheit noch Zwang beim urteilsunfähigen Patienten*

Im Rechtssinne kann gegenüber einem seiner Sinne nicht mächtigen Verwirrten weder Zwang geübt noch von Freiheitsbeschränkung gesprochen werden. Die vom Bundesgericht verwendete Vokabel «Zwang» sollte, da unhaltbar, in vorliegenden Zusammenhängen aus dem Sprachgebrauch des Juristen eliminiert werden². Die erwogenen Verfassungsnormen zum Schutz persönlicher Freiheit können, da keine Freiheit vorhanden ist, schon von der Sachlogik her keine Anwendung finden. Das positive Recht formuliert deutlich genug die rechtliche Unbeachtlichkeit krankhaften Willens, was das Eingehen auf den krankhaften Willen oder gar dessen Schutz ausschliesst. Die Unbeachtlichkeit des «Willens» Urteilsunfähiger wird von kaum jemandem ausser der hier entscheidenden Instanz verkannt; vgl. demgegenüber etwa die zutreffende Ausrichtung des Basler Psychiatriegesetzes (§§ 13, 22 usw.), des neuen Berner Gesundheitsgesetzes (Art. 40a) wie des Genfer Gesetzes über das Arzt-Patientenverhältnis (dazu BGE 114 Ia 350).

b) *Die Grundsätze von ZGB Art. 16 und 18 gelten auch im Rahmen des Verfassungsrechts*

Nach Art. 16 ist Urteilsfähigkeit im Rechtssinn ausgeschlossen, wenn jemandem «wegen ... Geisteskrankheit, Geistesschwäche ... oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln». Wer aber nicht die in diesem Sinne umschriebene Urteilsfähigkeit besitzt, vermag unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen durch seine Handlungen keine rechtliche Wirkung, d.h. auch keinen Schutz seitens der Verfassung, auszulösen (Art. 18 ZGB). Von diesen Bestimmungen wird weder in den hier besprochenen BGE noch von den Vorinstanzen im Grundsätzlichen Kenntnis genommen.

² Beachtlich ist, dass das Basler Psychiatriegesetz, anders als das Bundesgericht und einige ihm folgende Instanzen, nirgends von «Zwang», sondern von «Widerstand gegen Behandlung» spricht (§ 22). Damit ist auch das Sachproblem zutreffend herausgestellt, das nicht im Tun der Ärzte liegt, sondern den Umständen, welche solches notwendig machen.

ZGB Art. 16 und 18 sind zwar «bloss» im nationalen Zivilgesetzbuch niedergelegt und nicht auf Verfassungsstufe verankert, was sie aber keineswegs zu wesensmässig privatrechtlichen macht: Einem ursprünglichen Verständnis der Zivilrechtskodifikation entsprechend sollen dort die die Person des einzelnen Bürgers unmittelbar betreffenden Rechtsregeln ihren Niederschlag finden, weshalb die im Personenrecht enthaltenen Grundsätze über die Rechts- und Handlungsfähigkeit hier ihre abschliessende Regelung finden, jedoch in allen Rechtsbereichen und auch ausserhalb des Privatrechts Geltung haben³.

Die Unbeachtlichkeit der Willensäusserungen Urteilsunfähiger ist (wenn auch vielleicht anders präsentiert) fast weltweit dominierende Auffassung. In der Schweiz ist sie im ZGB bundesrechtlich festgeschrieben. Im medizinischen Bereich bedeutet dies: Die Unfallopfer, die vor allem am Sonntagabend reihenweise in die Notfallstationen der Spitäler eingeliefert und in bewusstlosem Zustand unter das Messer kommen, werden in ihrer Freiheit nicht beschränkt, weil sie keinen Willen haben, welcher diesen Eingriffen entgegenstände und dem zuwidergehandelt werden könnte. Was für die Unfallopfer gilt, gilt auch für Opfer von Geisteskrankheiten: Wenn sie in Folge ihres Krankheitsschicksals urteilsunfähig sind, d.h. nicht als selbstverantwortlich gelten können und daher keinen Willen im Rechtssinn haben, sind sie den bewusstlosen Unfallopfern in allen Punkten rechtlich gleichgestellt und müssen bei unausweichlicher medizinischer Notwendigkeit genauso wie diese behandelt werden. Die Tatsache, dass in letzterem Fall der Patient vielleicht sich wendet, schreit und strampelt, mag für den Laien nach Zwang aussehen, ist aber ein solcher nur im Vulgärverständnis, nicht aber im Rechtssinne⁴.

Aus dem Gesagten folgt, dass das Requisite der Urteilsfähigkeit (hier auch UF) des Patienten im Zentrum der Regelung der Behandlung psychisch Kranker stehen muss. Das Vorliegen oder aber das Fehlen der Urteilsfähigkeit des Patienten führt in ganz verschiedene rechtliche wie sachliche Bereiche.

3 Hier entwickelt allerdings die I. öffentlichrechtliche Abteilung abweichende, seltsame, bisher noch nie von irgendjemandem vertretene Vorstellungen zur Regelung der Rechts- und Handlungsfähigkeit: Die Überprüfung der im Basler Psychiatriegesetz geforderten Urteilsfähigkeit wird als «kantonalrechtlicher Natur» bezeichnet und die UF nur deshalb unter dem Gesichtspunkt von ZGB Art. 16 betrachtet, weil das Gericht keine Anhaltspunkte dafür findet, dass der kantonale Gesetzgeber eine gegenüber dem ZGB abweichende Regelung gewollt habe (E. 5 lit. b/aa).

4 Die rechtliche Bedeutungslosigkeit der Ablehnung der Therapie (d.i. die Verweigerung seiner Zustimmung zu dieser) findet ihr Gegenstück in der Bedeutungslosigkeit der von ihm erklärten Zustimmung: Diese verschafft dem Arzt keinesfalls die Befugnis der Behandlung, diese bedarf der gleichen Rechtfertigungsgründe wie im Falle der Ablehnung; vgl. dazu unten Ziff. V.

III. Prozessvoraussetzungen, anwendbares Recht; Zuständigkeit

1. **Fehlende Prozessvoraussetzungen als Folge der Urteilsunfähigkeit der Beschwerdeführer**

Die Prozessvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen. Aus den Akten folgt in beiden Fällen angesichts des dort geschilderten Geisteszustandes der Beschwerdeführer eine *violenta praesumptio*, dass es sowohl an einer gültigen Entschliessung zur Beschwerdeerhebung wie auch an einer gültigen Bevollmächtigung der handelnden Anwälte gefehlt hat. Das hohe Gericht verwendet nicht ein einziges Wort darauf, zu erklären, weshalb es trotz des Anscheins fehlender Prozessvoraussetzungen auf die Beschwerden eingetreten ist.

a) *Unfähigkeit zur Entscheidung über zu veranlassenden Rechtsschutz*

Besitzt der zu schützende Beschwerdeführer keine UF (und dies wurde im Ergebnis für den Zeitpunkt der fraglichen Behandlung so angenommen⁵), gilt Gleiches vermutlich auch für den Zeitpunkt der Entscheidung hinsichtlich des Ergreifens der Rechtsmittel. Ist dieser Entschluss mangels Urteilsfähigkeit des Beschwerdeführers unbeachtlich, fehlt es an einer Prozessvoraussetzung.

Im Berner Entscheid ist das Fehlen der UF des Beschwerdeführers für den fraglichen Zeitpunkt (zwischen 8. und 14. Januar 1998) offenkundig. Im Falle des Basler Entscheides kann dem Urteilstext nicht entnommen werden, wann der Entscheid zur Beschwerdeerhebung gefallen ist; mit keinem Wort wird begründet, dass die Entschliessung des Beschwerdeführers in eine Periode klarer Einsicht gefallen sei, sodass auch hier der Anschein fehlender UF besteht.

b) *Fehlender Beschwerdewillen der Kranken; Funktion der Prozessvertreter*

Im Basler Entscheid folgt aus dessen Sachdarstellung (Sachverhalt lit. C), dass der Patient, in dessen Namen am 8. Februar 2001 die Beschwerde eingereicht wurde, in jenem Zeitpunkt seine Meinung ins Gegenteil gewendet hatte: Am 13. Januar war er freiwillig in die Klinik zurückgekehrt und hatte von diesem Zeitpunkt an der Medikation zugestimmt, insbesondere am 7. und 8. Februar Injektionen akzeptiert und ebenso am 9. Februar eine

⁵ Berner Entscheid sinngemäss E. 5 lit. c; Basler Entscheid E. 7 lit. b explizit, wenn auch nur gestützt auf das kantonale Psychiatriegesetz.

Depot-Injektion. Dass der Patient nach mehrwöchiger widerspruchsloser und vielleicht dankbarer Entgegennahme von Medikamentierung den Willen gehabt haben soll, mit einer staatsrechtlichen Beschwerde dieselbe als unzulässig erklären zu lassen, kann nicht in guten Treuen unterstellt werden. Ähnliches muss aber auch für die Erhebung der staatsrechtlichen Beschwerde im Berner Fall gelten: Die Erhebung der Beschwerde gegen den vorinstanzlichen Entscheid vom 27.9.1999 erfolgte an einem nicht näher bekannten Zeitpunkt irgendwann im Winter 1999/2000, und niemand kann im Ernst annehmen, dass der anscheinend nach wie vor in der Waldau untergebrachte Kranke auch nur ein entferntes Interesse gehabt hätte, über die rechtliche Qualifikation seiner rund zwei Jahre zurückliegenden zweitägigen «Zwangsmedikation und Isolierung» einen Entscheid des Bundesgerichts zu erhalten.

Wenn die Annahme, dass die hier besprochenen (gleich wie alle anderen die Gerichte beschäftigenden vergleichbaren) Beschwerdeverfahren allein von den antipsychiatrischen Intervenienten getragen und über den Kopf der als Beschwerdeführer installierten Kranken hinweg durchgezogen werden, eines Beweises bedarf, wird er durch die Sachdarstellungen der beiden Urteile erbracht.

c) *Fehlende Anwaltsvollmacht*

Urteilsfähigkeit ist nicht nur Voraussetzung des Entschlusses zur Ergreifung eines Rechtsmittels, sondern auch der dahin gehenden Vollmachterteilung an den Prozessvertreter. Auch in dieser Hinsicht spricht alles gegen das Vorliegen diesbezüglicher UF und Gültigkeit der Anwaltsvollmachten. Die genauen Umstände der Vollmachterteilung werden nicht dargelegt, waren wahrscheinlich selbst dem Gericht nicht bekannt und sind nie hinreichend abgeklärt worden. Dabei hätte guter Grund zu Zweifeln an der UF bestanden, hängt doch diese nicht allein von der Möglichkeit rationaler Beurteilung, sondern ebenso sehr von jener der Bildung und Durchsetzung des eigenen Willens ab, wobei im Falle der Beeinflussbarkeit diese die Urteilsfähigkeit dann hindert, wenn Beeinflussung auch tatsächlich stattgefunden hat. Wenn es antipsychiatrische Kreise sind, welche an den Patienten herantreten mit dem offen deklarierten Ziel, ihn zum Widerstand gegen die laufende Therapie zu bestimmen, kann dies eine derartige die UF ausschliessende Beeinflussung darstellen. Wie in vorliegenden Fällen die Beauftragung und Bevollmächtigung der handelnden Anwälte zustande gekommen ist, kann den Urteilstexten nicht entnommen werden, hätte aber im Hinblick auf die Prozessvoraussetzungen abgeklärt werden müssen.

d) *Fehlendes Rechtsschutzinteresse*

Zu den von Amtes wegen zu klärenden Prozessvoraussetzungen gehört auch ein Rechtsschutzinteresse. Daran fehlt es in beiden Fällen. Ob die Entscheidungen so oder anders ausfallen würden, macht in beiden Fällen weder für die Patienten noch für die sie behandelnden Ärzte einen erkennbaren praktischen Unterschied.

Im Berner Entscheid, der die Frage des Rechtsschutzinteresses nicht erwähnt, geht der Streit darum, ob an zwei Tagen (die im Urteilszeitpunkt über zwei Jahre zurückliegen!) die Zwangsisolierung und -medikamentierung verfassungsmässig oder aber verfassungswidrig gewesen sei; konkrete Auswirkungen der Entscheidung werden nicht erkennbar. Im Basler Entscheid (E. 2 lit. b) erfolgt ein Hinweis auf die Praxis bei Haftentscheiden, der hier allerdings nicht hilft, da die Entscheidung über Medikation einer bestimmten Person nicht generell, sondern allein bezogen auf einen bestimmten Moment und eine konkrete Therapie beurteilt werden darf und aus Bisherigem für die Zukunft nichts abgeleitet werden kann (aus welchem Grund bereits das generalisierende Beschwerdepetitum als unzulässig hätte betrachtet werden müssen).

Die Beschwerdeführer sind wohl über die Verfahren selber wie auch deren Endergebnisse überhaupt nicht informiert worden (oder hatten jedenfalls für diese weder Interesse noch gar Verständnis), während die im Urteil angesprochene Ärzteschaft, so muss angenommen werden, an den Urteilen ebenfalls kein Interesse fand, dazu aber auch keinen Anlass hatte⁶. Die beiden Verfahren sind daher nicht mehr als ein Dialog zwischen der I. öffentlichrechtlichen Abteilung und den die staatsrechtlichen Beschwerden in Szene setzenden antipsychiatrischen Anwälten⁷.

⁶ Der Schreibende hatte die Unvorsichtigkeit, einem ihm nahe stehenden (nichtpsychiatrischen) Arzt von seiner Beschäftigung mit dem hier Vorgetragenen Kenntnis zu geben. Der Spott der Spontanreaktion war brutal: «Blosses Geplänkel unter Juristen, praktisch bedeutungslos und ohne jedes Interesse für normale Leute!» Dies ist gewiss die Sicht so gut wie aller Mediziner wie auch der meisten der in der Praxis stehenden Juristen.

⁷ In den hier betrachteten Fällen von *Ex-post*-Benotung ärztlichen Verhaltens unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten sind praktische Folgen nicht erkennbar. Die den Schreibenden ursprünglich zur Stellungnahme veranlassende Sorge, die den Psychiatern drohenden verfahrensmässigen Ärgernisse (die z.T. aus den Urteils-motiven zu ersehenden, von den Ärzten geforderten Stellungnahmen und ihnen verursachten Umtriebe) würde sie von notwendiger Therapie abhalten, wurde durch Umfrage teilweise, aber nicht gänzlich zerstreut: Die konsultierten Klinikchefs wollten es zwar nicht an der Rede haben, durch von Seiten der Juristenschaft drohen-

2. Anwendbares Recht: Für Staatstätigkeit *iure gestionis* (wie hier) gilt ausschliesslich Bundesprivatrecht

a) Grundsatzfrage

Die getroffene Feststellung, dass auch im Rahmen der Verfassung und deren Freiheitsschutz die Regeln von Art. 16 und 18 ZGB massgebend sind, führt zur Grundsatzfrage, ob nicht Privatrecht (heisst hier vorab die Regeln des Persönlichkeitsschutzes von Art. 28 ZGB) hätte berücksichtigt werden müssen. Nicht nur ist diese Frage zu bejahen, vielmehr darüber hinaus festzustellen, dass in vorliegendem Fall Privatrecht alleinige Entscheidungsgrundlage darstellt, das Heranziehen öffentlich-rechtlicher Grundsätze Bundesprivatrecht (durch Nichtbeachtung) verletzt und damit auch gegen die Verfassung verstösst. *Quod est demonstrandum*:

Gegenstand der Beurteilung sind Therapieakte, die zwar in beiden zur Beurteilung gelangten Fällen von öffentlich-rechtlichen Institutionen, d.h. kantonalen Krankenhäusern, ausgehen⁸, jedoch nicht *iure imperii*, sondern *ratione gestionis* (nach Art der Ausübung eines Gewerbes) erfolgen. In anderen Zusammenhängen (so vorab im Völkerrecht bei der Deutung der Staatenimmunität⁹) werden in Fällen des Handels *ratione gestionis* die öffentlich-rechtlichen Regeln beiseite gesetzt, womit Privatrecht zur massgeblichen Rechtsgrundlage wird.

b) Klare Regel in Art. 61 Abs. 2 OR – Praxis der II. Zivilabteilung

Die Unterscheidung zwischen hoheitlichem und nicht hoheitlichem Agieren, solchem *iure imperii* und *iure gestionis*, ist ein grundlegendes Erfor-

de Unbill sich von der Erfüllung ihrer Berufspflicht abhalten zu lassen. Ein Oberarzt einer hier nicht beteiligten grossen Klinik umschrieb indessen wohl die Realität zutreffend mit der vornehmen Formel: «Es ist nicht auszuschliessen, dass in die vielen Gesichtspunkte, welche bei der Entscheidung über eine gegen den Widerstand des Patienten durchzuführende Behandlung berücksichtigt werden, im Falle der Einmischung antipsychiatrischer Kreise auch die dem Arzt seitens der Juristenschaft drohenden Ärgerlichkeiten einflüssen werden.»

⁸ Die psychiatrischen Universitäts-Kliniken (PUK) von Bern wie von Basel sind unselbständige öffentliche Anstalten.

⁹ Der Grundsatz der Staatenimmunität (auf welche sich auch öffentlich-rechtliche Unternehmungen stützen können) schützt vor Belangung vor ausländischen Gerichten, dies aber nicht, falls die haftungsbegründende Tätigkeit grundsätzlich *iure gestionis* erfolgte, d.h. nicht hoheitlich ist, sondern auf der Ebene gewerblicher Tätigkeit liegt. Vgl. dazu insbes. BGE 104 Ia S. 368 ff. sowie die dortigen rechtsvergleichenden Hinweise und die Wiedergabe der diesbezüglichen Vorschriften der «Convention européenne sur l'immunité des Etats» vom 16.5.1972 (S. 371 f.).

dernis eines freiheitlichen Rechtsstaates und nicht nur im Völkerrecht, sondern in vielen Bereichen und auch im vorliegenden Fall zu respektieren. Viele Argumente sind nicht erforderlich, da die Frage vom Bundesgesetzgeber klar beantwortet ist: OR Art. 61 ermächtigt in Abs. 1 zwar die Kantone, ihre Staatshaftung durch Gesetzgebung autonom zu regeln, doch untersagt die Regel von Abs. 2 den Kantonen, «für gewerbliche Verrichtungen von öffentlichen Beamten oder Angestellten» die Regeln des OR auszuschalten. «Gewerblich» will nichts anderes besagen als «nicht hoheitlich» oder auch: «was ebenso gut Private tun können»¹⁰. Die Regel von Art. 61 Abs. 2 OR schliesst aus, dass die Kantone die Rechtsbeziehung zwischen Arzt und Patient in öffentlichen Krankenhäusern als hoheitliche qualifizieren und damit kantonalem öffentlichem Recht unterstellen. Festzuhalten ist, dass von der Absicherung der Geltung des Bundesprivatrechts gegenüber kantonalem Recht von Art. 61 Abs. 2 nicht bloss die «Bestimmungen dieses Abschnittes» (Art. 41 bis 61 OR) erfasst werden; auch der Persönlichkeitsschutz von ZGB Art. 28 ist Bestandteil des bundesrechtlichen Haftungsrechts und wird daher von dieser Regel erfasst¹¹.

Das oben entwickelte Verständnis des ärztlichen Tuns als nicht hoheitlich ist nicht eine vom Schreibenden entwickelte Theorie, sondern wurde (entgegen älterer Bundesgerichtspraxis und vereinzelt Autoren) bereits von der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts im sog. «Herzprozess» vertreten, wo die Zulässigkeit der Entnahme eines Herzens zum Zwecke der Transplantation zur Debatte stand und das Gericht zu prüfen hatte, ob auf diese Frage kantonales öffentliches Recht oder aber Bundesprivatrecht anzuwenden sei (BGE 101 II 177–200)¹². Die bis dahin von verschiedener Sei-

10 Wir bitten zu beachten, dass der genannte Grundsatz sich im Völkerrecht erst in neuerer Zeit durchgesetzt hat, während er in der schweizerischen Gesetzgebung seit dem Jahre 1883 für die interne Staatshaftung fest verankert ist (Art. 64 aOR stimmt sinngemäss mit dem genannten heutigen Art. 61 überein).

11 Wenn diese Annahme einer Begründung bedürfte, könnte diese in Art. 49 OR erblickt werden, welcher unter dem Marginale «Bei Verletzung in den persönlichen Verhältnissen» die gesetzliche Grundlage der Genugtuungsansprüche aus Persönlichkeitsverletzungen schafft. Der Einbezug von ZGB Art. 28 in den Vorbehalt des Bundesprivatrechts wurde denn auch in BGE 101 II 177 ff. (dazu folgende Fn. 12) als selbstverständlich vorausgesetzt.

12 In jenem von den Medien und dem Publikum viel beachteten Verfahren, das die Angehörigen des «Spenders» des Herzens bei der ersten in der Schweiz erfolgten Herztransplantation anstrebten gegen den verantwortlichen Neurologen des Spenders, den Leiter des implantierenden Chirurgeteams, den der Gesundheitsdirektion vorstehenden Regierungsrat sowie den Kanton Zürich selber als Halter des Spitals (welche Beklagten zusammen der Schreibende anwaltlich zu vertreten die Ehre hatte), sind in jedem Stadium des Verfahrens alle Beteiligten mit Selbstverständlichkeit

te vertretene Auffassung, die ärztliche Berufsausübung in öffentlichen Krankenhäusern stelle hoheitliche Staatstätigkeit dar, wurde mit einlässlicher Begründung verworfen und die Privatrechtsgesetzgebung als anwendbar erklärt. Mit ihrer heutigen Entscheidung tritt die I. öffentlichrechtliche Abteilung in Widerspruch zu jener der II. Zivilabteilung, denn in der Frage der Hoheitlichkeit ärztlicher Tätigkeit in öffentlichen Krankenhäusern kann nur eine der beiden Positionen richtig und in Streitlagen wie den vorliegenden nur eine der beiden Abteilungen zuständig sein. Es liegt ein anscheinend bisher von niemandem beobachteter positiver Kompetenzkonflikt der beiden Abteilungen des Bundesgerichts vor.

c) *Würdigung*

Alle sachlichen Gründe sprechen dafür, die Behandlungstätigkeit in öffentlichen Krankenhäusern als nicht hoheitliche zu betrachten: Den Patienten als ein dem behandelnden Arzt untergeordnetes Subjekt zu betrachten und Letzteren an staatlicher Macht teilhaben zu lassen, entspricht weder dem Selbstverständnis der Ärzteschaft noch den Anschauungen des Publikums. Den Patienten *iure imperii* in ein Unterordnungsverhältnis einzustellen fällt nicht in Betracht, so lange er als Privatmann therapeutische Hilfe sucht oder ihm auf privater Basis solche Hilfe verschafft wird; anders sieht es allein dann aus, wenn die Anstaltsunterbringung durch einen Hoheitsakt erfolgt (vorab Strafurteile; als Beispiel jetzt der Entscheid des Kassationshofes [Massnahmen gestützt auf StGB Art. 43] von 15. Juni 2001; 6A.100/2001/bue).

Eine Sonderausgestaltung der rechtlichen Beziehung zwischen Ärzten und Patienten, bloss weil diese nicht in privater Behandlung, sondern in einer unselbständigen öffentlichen Anstalt sich gegenüber stehen, kann nicht erkannt werden. Bis heute ist in der Schweiz der politische Wille, das Gesundheitswesen nicht zu verstaatlichen, ungebrochen.

Da die Qualifikation der ärztlichen Behandlungstätigkeit als hoheitliche zum Vornherein nur für öffentliche Spitäler, nicht dagegen für Privatkliniken und private Behandlung gelten kann, bewirkt die vom Bundesgericht entwickelte hoheitliche Konzeption landesweit ein Schisma des Gesundheitswesens, d.h. eine Aufspaltung der Arzt-Patient-Beziehung in zwei divergierende Systeme, d.h. jenes der öffentlichen und der privaten Krankenhäuser bzw. Pri-

von der ausschliesslichen Anwendbarkeit des Zivilrechts ausgegangen; nicht anders auch die beiden kantonalen Vorinstanzen. Die diesbezügliche Frage wurde erstmals in der öffentlichen Urteilsberatung vom Referenten im Hinblick auf die Zuständigkeit aufgeworfen. Nicht konsequent war die damalige Begründung allerdings darin, dass sie offen liess, ob der Kanton Zürich eine das Privatrecht ausschaltende Sonderregelung der Staatshaftung hätte erlassen können (ein Vorgehen, das m.E. mit OR Art. 61 Abs. 2 nicht zu vereinbaren wäre).

vatärzte. Derartiges schafft unzumutbare Rechtsungewissheit der Patientenschaft wie auch Rechtsungleichheit (unterschiedliche rechtliche Behandlung gleicher Sachverhalte). Dazu kommen Abgrenzungsprobleme¹³.

Die Beanspruchung von Jurisdiktion hinsichtlich «Zwangsmedikation» lässt sich nicht vereinbaren mit der von niemandem in Zweifel gezogenen Auffassung, dass die Haftung der Ärzteschaft im Übrigen, d.h. bei Fehlbehandlung, allein nach privatrechtlichen Regeln zu betrachtet ist und allein in die Zuständigkeit der Zivilgerichte fällt. Der in vorliegendem Zusammenhang im Vordergrund stehende Persönlichkeitsschutz von Art. 28 ZGB stellt Bestandteil des Haftpflichtrechts der OR dar¹⁴. Wenn die Arzt-Patienten-Beziehung i.S. des hohen Gerichts konsequent als hoheitliche und damit öffentlich-rechtliche verstanden werden wollte, müssten in allen Fällen der Haftung von Ärzten öffentlicher Krankenanstalten andere Regeln als jene von OR und ZGB zur Anwendung kommen, wie auch allein die Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig sein könnte, nicht aber die Zivilgerichte. Derartiges hat m.W. noch niemand vorgeschlagen. Wenn man bei privatrechtlicher Arzthaftung im Allgemeinen bleiben will, kann nicht erkannt werden, weshalb für einen eng umschriebenen (und unter statistischen Gesichtspunkten marginalen) Problembereich, eben die Behandlung urteilsunfähiger Patienten der Psychiatrie, eine Sonderregelung gelten soll und gelten darf.

d) *Blick ins Ausland*

Die Annahme ist erlaubt, dass in den Ländern der kontinentalen Rechtsüberlieferung (d.h. Kontinentaleuropa, Naher und Ferner Osten, Lateinamerika usw.) überall die persönliche Rechtsbeziehung zwischen Arzt und Patient dem Privatrecht zugeordnet wird (im englischen Sprachbereich stellt sich die Frage nicht, da die Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht im hiesigen Verständnis nicht bekannt ist und alle Streitigkeiten vor der ordentlichen – primär auf in unserem Sinne privatrechtliche Streitigkeiten ausgerichteten – Gerichtsbarkeit ausgetragen werden. In Deutschland wird die Arzt-Patienten-Beziehung diskussionslos und mit Selbstverständlichkeit als privatrechtlich-vertragliche verstanden¹⁵. Das Bundesverfas-

13 Zu denken etwa an bestehende Zwischenformen (öffentlich kontrollierte und finanzierte Kliniken mit privater Trägerschaft wie z.B. das Inselspital in Bern) und die privatärztliche Tätigkeit an öffentlichen Spitälern.

14 Vgl. dazu bei Fn. 11.

15 Vgl. statt vieler LAUFS/UHLENBRUCK, «Handbuch des Arztrechts – Zivilrecht – Öffentliches Recht etc.», 2. Aufl. Beck/München 1999. Der «Arztvertrag» wird als selbständiger Vertragstypus herausgestellt, und psychische Störungen sind nur gerade im Zusammenhang fehlender Geschäftsfähigkeit unter dem Gesichtspunkt des Zustandekommens dieses Vertrages ein Thema.

sungsgericht hatte sich ein einziges Mal mit diesem Thema zu befassen, dies allein unter verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten¹⁶. In Österreich ist die Rechtslage wohl dieselbe: Als hoheitlich wird allein die Beziehung des Patienten zur Sozialversicherung betrachtet, als privatrechtlich-vertragliche dagegen jene zu den Ärzten jeder Stellung, wie auch jene zu öffentlichen Krankenhäusern¹⁷. In Frankreich scheint für Haftpflicht- und Verantwortlichkeitsklagen die Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig zu sein, während die materiellrechtlichen Grundlagen privatrechtlich sind (Vertrag, bei Fehlen eines solchen Deliktshaftung).

Das hoheitliche Verständnis der Arzt-Patienten-Beziehung der I. öffentlichrechtlichen Abteilung ist weltweit eine Singularität.

e) *Die Regeln von ZGB Art. 397 a bis f (sog. FFE) in vorliegendem Zusammenhang unbeachtlich*

In der Frage der Qualifikation der Behandlung in öffentlichen Krankenhäusern nehmen die Regeln über die Fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE) von ZGB Art. 397a ff. keine Stellung, dies schon deshalb, da die mit FFE angeordnete Behandlung nicht nur in öffentlichen, sondern auch privaten Anstalten durchgeführt werden kann und, so ist zu hoffen, auch durchgeführt wird, wenn dies geboten erscheint. Da sie keine expliziten Regeln zur Behandlung der Betroffenen enthalten, spricht sich auch die I. öffentlichrechtliche Abteilung dahin aus, dass sich die FFE-Regelung «allein auf den Entzug der Bewegungsfreiheit als solcher», nicht aber auf «die Art und

16 Bverf.G. 52, 175 (= NJW 1979, 1925 f.), in einem Arzthaftungsprozess mit Klage auf Schadenersatz und Genugtuung wegen Fehlbehandlung (Rückweisung an die Vorsinstanz, das OLG Stuttgart). – Im Werk von LAUFS/UHLENBRUCK (Fn. 15) werden im Schlagwortverzeichnis zu «Geisteskrankheit», «Psychiatrie» oder «Psychiatrisches Krankenhaus» keinerlei Bezüge zu den vorliegend thematisierten Problemen hergestellt. Dies gilt genau gleich für das Stichwort «Menschenwürde», das die helvetischen Verfassungsrechtler vom Grundgesetz und der Verfassungsdoktrin unseres nördlichen Nachbarn bezogen und in unsere erneuerte Verfassung eingebracht haben: Neben Hinweisen im Zusammenhang von Fortpflanzungsmedizin, Gentechnologie, Embryonenschutz und artifizielle Reproduktion gibt es zutreffenderweise Ausführungen zum *iure imperii* durchgeführten Strafvollzug (§ 153 N. 35 ff., wo etwa für den Fall des Hungerstreiks festgehalten wird, dass Zwangsernährung nicht zulässig sei), während die als nicht-hoheitlich verstandene Beziehung Arzt-Patient in keiner Weise mit dem verfassungsrechtlichen «Würdenschutz» in Verbindung gebracht wird.

17 Für rechtsvergleichende Hinweise danke ich Frau Kollegin JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, die etwa noch nennt für Deutschland ERWIN DEUTSCH, Medizinrecht, 4. Aufl. Berlin 1999, für Österreich W. STEINER, in Medical Responsibility in Western Europe, Berlin 1985, 1 ff.

Weise der Betreuung eines Patienten» beziehen (Berner Entscheid S. 116 unten, mit abundanten Hinweisen)¹⁸.

Hier ist der Ort, um festzuhalten, dass die Anordnung eines FFE und die Entscheidung über die ärztliche Behandlung nach anderen Grundsätzen auszurichten sind: Spielt bei der Feststellung der Zulässigkeit eines ärztlichen Eingriffs die gegebene oder fehlende UF eine entscheidende Rolle, hat dieses Element (ausser vielleicht in verfahrensrechtlicher Hinsicht) bei der Anordnung eines FFE keine Bedeutung: Ein solcher kann nicht an das Requisit der UF geknüpft werden, dies schon aus dem einfachen Grund, dass UF nicht allgemein, sondern bezogen auf bestimmte Entscheidungen festzustellen ist, dies immer nur für einen bestimmten Zeitpunkt und nie für eine Zeitdauer, und schon gar nicht antezipierend für die Zukunft. FFE stellt eine im Interesse des Betroffenen angeordnete Freiheitseinschränkung dar, die ihre eigentliche Wirkung nur entfaltet, soweit der Betroffene urteilsfähig ist, aber oft, wenn auch nicht immer, darauf gründet, dass dem FFE-Betroffenen wenigstens zeitweise und in Teilbereichen UF fehlt (oder doch wenigstens die Fähigkeit, gemäss allenfalls vorhandener Einsicht auch die Lebensführung zu gestalten).

3. **Folgerungen aus der Anwendbarkeit des Privatrechts**

a) *Nichtanwendbarkeit des öffentlichen Rechts aller Stufen*

Ist die hier zu beurteilende Beziehung zwischen Patienten und seinen Therapeuten dem schweizerischen Privatrecht unterstellt, fällt die Berücksichtigung von schweizerischem Verfassungsrecht dahin. Auf kantonaler Ebene mögen zwar öffentlich-rechtliche Erlasse ergehen, welche (wie das Basler Psychiatriegesetz) zu den hier aufgeworfenen Fragen Stellung nehmen, die indessen weder die Behandlung in öffentlichen Anstalten als hoheitliches Tun qualifizieren noch inhaltlich von den vom Bundesprivatrecht bezüglich der Behandlung aufgestellten Regeln abweichen können¹⁹.

18 Als Fussnote sei aber bereits hier angemerkt, dass ein FFE in *optima forma* (heisst durch einen formellen amtlichen Entscheid) das Vorliegen eines Betreuungsverhältnisses beweist, das beim Urteilsunfähigen einen praktisch besonders bedeutsamen Rechtfertigungsgrund der Behandlung darstellt. Die Anordnung eines FFE wird damit mittelbar und in den praktischen Auswirkungen zu einem Rechtfertigungsgrund der Behandlung; dazu unten Ziff. V/2.

19 Die kantonale Gesetzgebung kann Bundesprivatrecht nicht inhaltlich abändern, wohl aber informationshalber aus dem Bundesprivatrecht sich ergebende Folgerungen formulieren. Dies geschieht in einigen Regeln des Basler Psychiatriegesetzes (so etwa § 13 zur Einwilligung, § 22 Abs. 1 zur Behandlung Urteilsunfähiger).

- b) *Keine Zuständigkeit der I. öffentlichrechtlichen Abteilung.
Zuständigkeit auf Kantonsebene?*

Da im Verfahren vorliegender Art Bundesprivatrecht der Entscheidung zu Grunde zu legen ist, sind allein die ordentlichen Zivilgerichte zuständig, d.h. auf Bundesebene die Zivilabteilungen des Bundesgerichts.

Die Kantone regeln autonom ihre Gerichtsverfassung und könnten daher in ihrem Bereich durch Sonderrecht eine Zuständigkeit von Verwaltungsinstanzen begründen. Dies geschieht denn auch im Kanton Basel, dessen für sämtliche «Behandlungsinstitutionen» (jedoch nicht für Privatärzte!) geltendes Psychriatriegesetz (§ 2 Abs. 1) in § 22 Abs. 2 vorsieht: «ist gegen die Durchführung der Behandlung Beschwerde an die Rekurskommission möglich». Derartige Vorschriften rufen indessen der Frage, ob derartige Sonderbestimmungen mit dem Verbot von Ausnahmegerichten (BV Art. 30 Abs. 1 Satz) vereinbar sind: Nicht ohne weiteres einzusehen ist, weshalb die Zivilansprüche von Patienten gegen den Kanton als Halter des Spitals durch Verwaltungsgerichte (denen der Bürger vielleicht besondere «Staatsnähe» zuschreiben geneigt ist und nicht die gleiche Unabhängigkeit gegenüber dem Staat wie den Zivilgerichten zutraut) beurteilt werden sollen. Im Falle des Psychriatriegesetzes von Basel-Stadt besteht bloss zweifelhafte Rechtfertigung für die dortige Regel, dass Psychiatrie-Patienten ihre Ansprüche in einem anderen Verfahren als die übrigen Patienten öffentlicher Spitäler geltend machen sollen²⁰.

Wie immer die Zuständigkeit zur Behandlung von in der Beziehung Arzt-Patient in öffentlichen Kliniken aufkommenden Problemen durch kantonale Gesetzgebung geregelt sein mag: Auf die Frage des anzuwendenden Rechts kann dies keinen Einfluss haben; die exklusive Anwendbarkeit des Bundesprivatrechts kann durch die Zuständigkeit von Verwaltungsinstanzen nicht in Frage gestellt werden.

- c) *Keine Zuständigkeit der Kantone zum Legiferieren*

Angesichts der Regeln von OR Art. 61/II und ZGB Art. 5/I haben die Kantone keine Befugnis, die Regeln des Persönlichkeitsschutzes von Art. 28 ZGB oder jene über die Urteilsfähigkeit (ZGB Art. 16 und 18) materiell abzuändern. Wenn kantonale Gesetzgebung entsprechende Vorschriften statu-

²⁰ Zuzugeben ist, dass traditionell unter «Ausnahmegerichten» *ad hoc* bestellte, die ordentliche Gerichtsbarkeit ausschaltende Gerichte gemeint sind; vgl. dazu F. FLEINER, Bundesstaatsrecht Zürich 1923, 458. Aber bereits Z. GIACOMETTI in FLEINER/GIACOMETTI, Zürich 1949, 867, stellt den Bezug zum Willkürverbot von BV Art. 4 (jetzt BV Art. 8) her: So gesehen stellen die Sonderregelungen, obwohl gesetzlich festgeschrieben und nicht eine «Ausnahme» darstellend, eine willkürliche Andersbehandlung gleicher Sachverhalte zulasten kleiner Minderheiten dar.

iert (wie etwa das Basler Psychatriegesetz z.B. in §§ 13 und 22), haben diese bloss informativ-deklaratorischen Gehalt; bei der Rechtsanwendung ist nicht auf diese resumierenden Texte, vielmehr auf die Privatrechtskodifikation des Bundes selber abzustellen.

IV. Verfassungsrechtlicher «Freiheitsschutz» als Einschränkung der Freiheit

Wir kehren hier zum Ausgangspunkt, d.h. zur bundesgerichtlichen Auffassung, zurück, welche die Behandlungstätigkeit in öffentlichen Krankenhäusern dem öffentlichen Recht unterstellt und sie damit als hoheitliche, *iure imperii* erfolgende einstuft. Die hier gestellte Alternative der Qualifizierung der Arzttätigkeit als «hoheitliche» oder «gewerbliche», der Geltung von öffentlichem Recht und Privatrecht, fordert zu Grundsatzüberlegungen heraus.

1. **Die Qualifizierung der Arzt-Patienten-Beziehung als öffentlich-rechtliche schafft erst die Unfreiheit, welche durch die Zuerkennung von Freiheitsrechten zu relativeren ist**

a) *Gegensätzlichkeit*

Wenn das hohe Gericht es für notwendig hält, die Freiheit des Patienten auf der Ebene des Verfassungsrechts zu schützen, folgt unausweichlich die Frage: Weshalb? Freiheit kann nur demjenigen gegeben werden, dem sie fehlt. Woher kommt die Unfreiheit des Patienten? Unfrei wird er erst mit der Unterwerfung der Beziehung Arzt-Patient unter das öffentliche Recht und damit der Ausstattung des Arztes mit staatlicher Gewalt, die ihn zum «Polizisten in Weiss» macht, der dem Kranken hoheitlich entgegentritt. Die Hoheitlichkeit des Krankenhausbetriebes schiebt Privatrecht beiseite und nimmt dem Patienten die auf der Ebene des Privatrechts selbstverständliche Freiheit weg.

Das Wesen des Staates ist Macht über die Bürger, eine Macht, die im Ausgangspunkt grenzenlos ist. Der Umfang der Macht wird eingeschränkt, der rechtlich zu schaffende Freiraum in seinem Minimalumfang auf Verfassungsstufe festgeschrieben. Was alles nichts daran ändert, dass diese verfassungsmässige Freiheitsgewährleistung vor dem Hintergrund der Unfreiheit der staatlichen Zwangsordnung erfolgt und durch diese Unfreiheit überhaupt erst ihre Aufgabe erhält.

Das Privatrecht, die Beziehungen zwischen gleichgeordneten Bürgern regelnd und keine hoheitliche Über- und Unterordnung kennend, ist als

eine Beziehung zwischen Gleich und Gleich die Verkörperung von Freiheit schlechthin: Keiner kann vom anderen etwas verlangen, und keiner hat irgendwelche Pflichten gegenüber einem anderen, es sei denn, es würde erst ein besonderer rechtlicher Anlass zu entstehenden Unfreiheiten, heisst privatrechtlichen Pflichten, geschaffen. Jeder muss jeden ungestört und in Ruhe lassen, es sei denn, es liege ein besonderer, privatrechtlich abgestützter Grund des Gegenteils vor: vertragliche Abmachung oder etwa Sanktionsansprüche, wenn jemand dem Gebot des Nichtstörens und Nichtschädigens seiner Mitmenschen zuwidergehandelt hat.

Ist öffentliches Recht eine Ordnung im Rahmen grenzenloser Unfreiheit, Privatrecht eine solche im Rahmen totaler Bindungslosigkeit, wird auch die Funktion der sich mit öffentlichem Recht und vorab mit der Verfassung sich Beschäftigenden umschrieben, dem die Aufgabe der Privatrechtler als entgegengesetzte gegenübertritt:

- Der Staatsrechtler und insbesondere der Verfassungsrichter ist in der komfortablen Lage, Freiheiten zu gewähren, während der Privatrechtler sich mit freiheitseinschränkenden Tatbeständen, eben Forderungen usw., abzugeben hat. Und der Freiheitsliebende kann nur wünschen, dass die Freiheitsbereiche im öffentlichen Recht möglichst weiträumig geschützt werden, während er nicht hoffen darf, der Privatrechtler möge die Tatbestände der Forderungen möglichst ausweitend gestalten.
- Die entgegengesetzte normative Ausgangslage führt zu einer entgegengesetzten Argumentationslast («normativen Beweislast»): Die vom Verfassungsrechtler behaupteten Freiheitsrechte müssen aufgezeigt werden, weshalb denn auch die weitläufigen Ausführungen der Entscheidungsbegründungen zur blossen Frage, ob denn die Freiheit des Patienten auf Verfassungsstufe tatsächlich geschützt sei: Berner Entscheid E. 3 lit. a, im Basler Entscheid die weit ausholende E. 5 lit. a. Die Notwendigkeit dieser Suche nach freiheitsgewährenden Normen ist für den an anderes gewöhnten Privatrechtler gewöhnungsbedürftig, ja befremdlich und besorgniserregend, denn wo Fragen gestellt werden, muss mit allen möglichen Antworten gerechnet werden²¹.

²¹ Die Ungewissheit der zu erwartenden Antwort wird durch die weitläufigen Ausführungen insbesondere des Basler Entscheids unterstrichen; Eindeutigkeit der Rechtslage würde die dortige lange Suche nach Freiheitsgewährleistung auf Verfassungsstufe entbehrlich machen. Die Unsicherheit der I. öffentlichrechtlichen Abteilung ist dem Schreibenden angesichts von BV Art. 10 Abs. 2 nicht ohne weiteres verständlich, wird indessen noch unterstrichen durch die Tatsache, dass diese es für notwendig hält, neben der Verfassung auch noch die EMRK zu berufen, für deren Berufung bei eindeutiger Rechtslage auf nationaler Ebene kein Anlass bestünde.

Auf der Ebene des hier als geltend betrachteten Privatrechts ist zur Freiheit des Patienten auch nicht ein einziges Wort zu verlieren: Der Arzt darf den Patienten auch nicht mit seinem kleinen Finger berühren, wenn nicht eine erst noch zu findende Rechtfertigung hiezu gefunden wird; die Überlegungen des Privatrechtlers beginnen erst mit der Suche nach derartigen Rechtfertigungsgründen.

- Irgendwelche «Freiheitsrechte» haben im Privatrecht keinen Platz. Wenn von «Streikrecht» gesprochen wird, so mag dieses Konzept im öffentlichen Recht seinen Sinn haben (Ausschluss polizeilicher Verbote im Zusammenhang mit Streiks), in privatrechtlichen Zusammenhängen ist es dagegen angesichts nicht bestehender Verbotsnormen sinn- und inhaltslos²². Die sog. Persönlichkeitsrechte, wie gewährleistet in Art. 28 ZGB, verleihen keineswegs Freiheit, sondern sichern diese durch Statuieren von Sanktionen für den Fall deren Beeinträchtigung²³.

b) *Auswirkung der Grenzverschiebung, resultierend aus der Anwendung öffentlichen Rechts*

Das Gesagte zeigt nun aber auch, welche Tragweite die Verschiebung des Grenzverlaufs von Privatrecht und öffentlichem Recht hat: Was aus dem Bereich des Privatrechts in die Gefilde des öffentlichen Rechts gezogen wird, gerät aus einem Bereich der Freiheit in einen solchen vermuteter Unfreiheit. Zwar kann er auf den Schutz der Verfassung hoffen, die ihn vor Schlimmstem bewahrt, aber die im Bereich des Privatrechts selbstverständliche totale Freiheit darf er in den Gefilden des öffentlichen Rechts nicht erwarten.

Die Gefahren, die aus dem Abrutschen der Arzt-Patienten-Beziehung ins öffentliche Recht für die Freiheit des Bürgers resultieren, werden in der

22 Anders die I. Zivilabteilung am 18.6.1985 (BGE 111 II 245–259), die es für richtig hielt, in ihrem den Standpunkt der streikenden Arbeiter verwerfenden Entscheid wenigstens in einem *obiter dictum* sich für die Anerkennung eines Streikrechts stark zu machen. Dass von einem Streikrecht zu sprechen im gegebenen privatrechtlichen Zusammenhang sinnlos war (aber im Übrigen vielleicht Anlass bestanden hätten, auf privatrechtlicher Ebene aus anderen Gründen den Standpunkt der Streikenden zu schützen), hat der Schreibende damals gezeigt: EUGEN BUCHER, Gibt es ein verfassungsmässiges «Streikrecht» und lässt sich diese Vorstellung ins Privatrecht übertragen? in recht 1987, 9–18 (bes. Ziff. III, Die Funktionslosigkeit der Vorstellung «Streikrecht» im Privatrecht, 11–13). Abrufbar unter www.eugenbucher.ch (dort Nr. 41).

23 Das gelegentlich gehörte Postulat der Amalgamierung des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes mit verfassungsrechtlichen Schutzmechanismen kann den Privatrechtler nur mit Sorge erfüllen, da Derartiges niemals eine Verstärkung der privatrechtlichen Freiheitsgewährleistung bedeuten, wohl aber auf deren Abschwächung hinauslaufen könnte.

Forderung nach «Gesetzlicher Grundlage für die Behandlung jedermanns» sichtbar (dazu noch unten Ziff. IX), treten aber im Basler Entscheid auch sonst zutage. So wird hier zum ersten Mal in der Geschichte in E. 8 die Arzt-Patienten-Beziehung unter dem Gesichtspunkt des «öffentlichen Interesses» betrachtet und der ärztliche Eingriff mit Hinweis auf solches öffentliches Interesse gerechtfertigt. Dass ein effizientes Gesundheitswesen in höchstem Masse im öffentlichen Interesse liegt, ist klar, ebenso klar sollte indessen bleiben, dass im Einzelfall die Entscheidung über ärztliche Eingriffe allein von den Interessen des Patienten bestimmt werden darf. Nicht auszudenken ist, wohin man gelangen könnte, wenn gestützt auf ein derartiges neues Verfassungsverständnis z.B. künftige Kosten ersparende und damit in höchstem Masse im öffentlichem Interesse liegende Eingriffe durchgesetzt werden könnten, auch wenn diese nicht zum Besten des Patienten dienen oder von diesem abgelehnt werden.

Vor diesem Hintergrund erhalten die Beschwörungen der verfassungsmässigen Freiheitsrechte in den beiden genannten (und vielen vorangehenden) Entscheidungen einen seltsamen Geschmack: Die Freiheit, die man dem Patienten mit grosszügiger Geste wenigstens teilweise zurückgibt ist die Freiheit, die man ihm mit der Qualifizierung der Behandlung als Hoheitsakt vorher weggenommen hat.

c) *Ungeheuerlichkeit der Forderung kantonaler Gesetzgebung zur Behandlung auch der urteilsfähigen Patienten*

Das Bundesgericht fordert von den Kantonen den Erlass eingriffsrechtfertigender Normen schlechthin, ohne die urteilsfähigen Patienten, welche den Normalfall darstellen, von dieser Forderung auszunehmen²⁴. Das bedeutet im Klartext eine Ungeheuerlichkeit: Es entscheidet nicht mehr zwangsläufig der Kranke über die vorzunehmende Therapie, kantonaler Gesetzgebung wird vielmehr die Möglichkeit eröffnet, unter irgendwelchen Voraussetzungen ärztliche Eingriffe auch ohne Zustimmung des Patienten

24 Während die Begründung des Berner Entscheids noch die Lesart zulies, dass das Vergessen des Gesichtspunktes der mit keinem Wort erwähnten Urteilsfähigkeit blosses Versehen sei, kann dies beim nachfolgenden Basler Entscheid nicht mehr angenommen werden. Das anzuwendende Basler Psychiatriegesetz stellt mit gutem Grund auf die Urteilsfähigkeit des Patienten ab, so dass deren Vorliegen vom Bundesgericht geprüft werden musste und auch einlässlich geprüft wurde (E. 6 lit. b). Dies ruft dem Bundesgericht keineswegs die grundsätzliche Bedeutung der bisher nicht beachteten Urteilsfähigkeit in Erinnerung: Urteilsfähigkeit wird nicht aus Gründen des Verfassungsrechts geprüft, sondern allein, weil das kantonale Psychiatriegesetz dieses Erfordernis aufstellt. Das lässt keine andere Lesart zu, als dass die Forderung nach kantonaler Gesetzgebung auch solche zur Behandlung Urteilsfähiger einschliesst.

als zulässig zu erklären. Nachdem die gegenwärtige, bisher niemals ernsthaft angezweifelte Rechtslage dem Patienten gegenüber dem Arzt eine durch nichts in Frage zu stellende Freiheit gewährt – keinerlei Behandlung ohne Zustimmung des Patienten – kann die Forderung nach gesetzlicher Regelung auch der Behandlung des Urteilsfähigen nicht anders gelesen werden als dass das hohe Gericht auch eine Regelung nicht ausschliesst, welche die (hier im echten Sinne eine solche darstellende) Zwangsbehandlung urteilsfähiger Patienten zulässt und die Zustimmung des Patienten entbehrlich macht²⁵. Der Schreibende, dessen erster wissenschaftlicher Gehversuch dem Persönlichkeitsschutz des Patienten gegenüber dem ihn behandelnden Arzt galt und die Absicherung der Selbstverantwortlichkeit des Patienten zum Ziele hatte, vermag Derartigem gegenüber nicht zu schweigen²⁶, hat aber nach wie vor Mühe, zu glauben, dass Derartiges auch bei erneuter Überlegung wirklich dem Willen der I. öffentlichrechtlichen Abteilung entsprechen werde, die solches bis heute mit Insistenz immer wieder schreibt.

2. **Der Freiheitsschutz des Patienten auf der Ebene des Privatrechts (insbes. Art. 28 ZGB)**

Die privatrechtliche Freiheitsvermutung bedeutet in der Arzt-Patienten-Beziehung, dass der Arzt, ohne besondere Rechtfertigung, keinerlei Befugnisse zu irgendwelchen Therapiemassnahmen oder auch bloss zu Untersuchungen besitzt. Da der privatrechtliche Schutz weiter geht als jener der Verfassung, diese daher der gegebenen Freiheit nichts zufügen kann, ist der Rückgriff auf verfassungsmässige Freiheitsrechte von der Sache her gegen-

²⁵ Dass ein dahin gehender politischer Wille im einen oder anderen Kanton sich bilden würde, ist nicht sehr wahrscheinlich, aber bezüglich Sondersituationen wie ansteckende Krankheiten oder der Behandlung von Patienten, welche ohne eine bestimmte Therapie binnen kurzem zu Tode kommen würden usw., keineswegs auszuschliessen.

²⁶ EUGEN BUCHER, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte – insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit; Diss. Zürich (Juris Verlag) 1956. – Eine Zusammenfassung der dortigen Positionen in «Arzt und Recht», Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, Bern 1985, 42 ff.). Bereits damals wurde das Ziel verfolgt, herauszustellen, dass bei Urteilsfähigkeit des Patienten keinerlei ärztliche Behandlung ohne dessen Zustimmung erfolgen dürfe (gegenüber welcher Regel insbesondere der Nachweis ausschliesslicher Nützlichkeit des Eingriffs oder dessen Notwendigkeit zur Erhaltung des Wohls des Patienten keine Rechtfertigung verschaffen können). Dieses Konzept war seinerzeit nicht ganz selbstverständlich und wurde von der Ärzteschaft z.T. mit Misstrauen zur Kenntnis genommen. Auf juristischer Ebene ist es im Grundsätzlichen unwidersprochen geblieben.

standslos. Vor dem Hintergrund dieser allgemeinen an die Ärzte gerichteten Verbotsregel ist von Interesse allein die Frage, welche Rechtfertigungsgründe eine Ausnahme vom Verbot konstituieren können. Diese sind gänzlich verschieden, je nachdem es um die Behandlung eines urteilsfähigen oder urteilsunfähigen Patienten geht.

Im Falle der *Urteilsfähigkeit* des Patienten ist dessen Zustimmung die einzig in Betracht fallende Rechtfertigung (dazu noch Ziff. V/1); Ausnahmen von der Regel bestehen nicht, und eine Diskussion über Behandlung ohne diese Zustimmung darf in der Sicht des Schreibenden gar nicht erst eröffnet werden.

Bei *Urteilsunfähigkeit* ist differenzierende Betrachtung gefordert. Im Vordergrund steht der mutmassliche Wille des Patienten bei hypostasierter Urteilsfähigkeit und die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (dies einzlässlich zu erörtern unten Ziff. V/2 lit. a). Im vorliegenden Zusammenhang steht meist im Vordergrund ein Rechtfertigungsgrund eigener Art, der übergesetzlich ist und keineswegs auf das Privatrecht beschränkt bleibt, der Grundsatz, dass die wie auch immer begründete Verantwortlichkeit für einen Hilflosen eine Pflicht, damit aber zwangsläufig eine entsprechende Befugnis der Behandlung begründet.

V. Die Legitimation der Behandlung, insbesondere des urteilsunfähigen Patienten

Die oben genannte, dem Privatrecht immanente Freiheitsvermutung bedeutet den Ausschluss jeglicher Pflicht des Patienten, irgendeine Behandlung oder auch bloss ärztliche Untersuchung zu dulden. Darin liegt bereits ein negatorisches, d.h. Eingriffe abwehrendes Element. Dieses wird durch den Persönlichkeitsschutz von Art. 28 ZGB in dem Sinne verstärkt, als ein nicht gerechtfertigter Eingriff mit Sanktionen (vorab Genugtuung) ausgestattet wird. Hinzu tritt aber auch eine strafrechtliche Sanktionierung nicht erlaubter Eingriffe²⁷. In beiden Fällen ist die Verbotsnorm legislativ so ernst gemeint, dass deren Ausschaltung unzweifelhafter und gewichtiger Gründe bedarf. Vor diesem Hintergrund sind die Rechtfertigungsgründe zu betrach-

²⁷ Zu erwägen der Tatbestand der Tötlichkeit (StGB Art. 126), allenfalls auch der Freiheitsberaubung (Art. 182; beim Urteilsunfähigen fragwürdig). Auch Körperverletzung Art. 122 und 123 StGB) würde ich grundsätzlich in Betracht ziehen: Alle unerlaubten Operationen wie auch Medikation mit Nebenwirkungen konstituieren *primär* eine widerrechtliche Beeinträchtigung der körperlichen Integrität, deren Tatbestandsmässigkeit durch *sekundär* zu erhoffende gesundheitliche Vorteile nicht beseitigt wird.

ten, welche diese Verbotsnormen auszuschalten vermögen. Zu unterscheiden ist auch hier die Rechtsstellung der urteilsfähigen und der urteilsunfähigen Patienten.

1. **Bei gegebener Urteilsfähigkeit**

Die Rechtslage ist einfach und eindeutig: Der einzige in Betracht fallende Rechtfertigungsgrund liegt in der Einwilligung der Patienten. Die Wirksamkeit dieser Einwilligung setzt eine hier nicht näher zu untersuchende Aufklärung des Patienten, d.h. in groben Umrissen dessen Wissen um den geplanten Eingriff und dessen allfällige Risiken, voraus. Der höchstpersönliche Charakter des Persönlichkeitsschutzes bedeutet, dass Mündigkeit des Zustimmenden nicht Voraussetzung der Gültigkeit der Zustimmung darstellt, aber auch nicht durch diejenige eines gesetzlichen Vertreters ersetzt werden kann²⁸.

2. **Bei fehlender Urteilsfähigkeit**

a) *Einwilligungssurrogate*

Eine Einwilligung im eigentlichen Sinn fällt bei Urteilsunfähigkeit des Patienten als Rechtfertigungsgrund nicht in Betracht (dessen allfällige Billigung ausdrückende Erklärung wäre so wenig beachtlich wie dessen Weigerung). Zu versuchen ist auch in diesem Fall, wenigstens den vermuteten Willen des Patienten so weit als möglich zu verwirklichen: Bei unaufschiebbarer Behandlung des bewusstlosen Verunfallten ist zu überlegen, wie er wohl bei Kenntnis der gegenwärtigen Lage entscheiden würde (wobei äussere Indizien, vor allem Angaben ihm nahe stehender Personen, in Betracht zu ziehen sind). Bei in Verwirrung geratenen psychisch Kranken ist Folgendes zu überlegen. Die Zustimmung des Patienten zu einer Behandlung ist nicht als punktueller (schon gar nicht rechtsgeschäftlicher!) Akt zu betrachten, massgeblich ist vielmehr eine über die ganze Zeit der Behandlung geforderte zustimmende Willenshaltung des Patienten, der jederzeit seine Meinung ändern und die gegebene Zustimmung zurücknehmen kann. Daher kann nur in beschränktem Umfang, aber immerhin, auf frühere Erklärungen des Kranken zu Zeiten bestehender Urteilsfähigkeit abgestellt werden, welche bei nicht grundlegend veränderter Sachlage immerhin als

²⁸ BUCHER, DISS. (Fn. 26) S. 144 ff.; KOMM. (Fn. 35) ZGB ART. 19 N. 189 ff., 222 ff.

aktuelle Zustimmung zur Weiterführung früher akzeptierter Therapieformen gedeutet werden können.

Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters kann an die Stelle der Patienteneinwilligung treten, die allerdings angesichts der höchstpersönlichen Natur des Persönlichkeitsschutzes dann nicht beachtlich wäre, wenn sie mit früheren therapieabwehrenden Entscheidungen des damals urteilsfähigen Patienten (z.B. dessen Erklärung, keine Bluttransfusionen dulden zu wollen) in Widerspruch stünde.

b) *Bei Fehlen eines Einwilligungssurrogats: Behandlungspflicht als Rechtfertigung (Grundsatz)*

Es bleiben die (praktisch im Vordergrund stehenden und auch die Gerichte an erster Stelle beschäftigenden) Sachverhalte, bei denen keines der genannten Surrogate vorliegt: Der Kranke hat in luziden Intervallen Behandlung abgelehnt (und ist vielleicht gerade deshalb wiederum in Verwirrung verfallen), die gesetzlichen Vertreter sind nicht erreichbar oder verweigern die Zustimmung.

Die vorliegenden verweigernden Willensäußerungen sind zwar als solche unbeachtlich (die Weigerung des luziden Kranken war Ausfluss des seinerzeitigen relativen Wohlbefindens und ohne Bezug auf den gegenwärtigen akuten Krankheitszustand; angesichts der höchstpersönlichen Entscheidung kann die Weigerung des gesetzlichen Vertreters, wenn in klarem Widerspruch zu den Interessen des Kranken stehend, ebenfalls keine Schranke der Behandlung aufstellen). Mit dieser Feststellung sind zwar Hinderungsgründe ausgeräumt, hingegen noch keine positive Rechtfertigung gefunden.

Nach heute herrschenden Anschauungen gilt die Regel, dass derjenige, der des Schutzes, der Hilfe, und im vorliegenden Falle dringend ärztlicher Behandlung bedarf, diese auch erhalten soll (was auch etwa im Basler Entscheid in E. 8 mit Hinweis auf BV Art. 12 erwähnt wird). Diese Forderung äussert sich im Rahmen der Gesellschaft in den Vorkehrungen des modernen Sozialstaates, auf individueller Ebene ist es das Privatrecht, hier ergänzt durch das Strafrecht, welche dem Individuum (hier dem Arzt) unter in folgender lit. c zu untersuchenden Voraussetzungen nicht nur eine Erlaubnis erteilt, vielmehr eine Pflicht der Behandlung auferlegt.

c) *Normative Grundlagen der rechtfertigenden Behandlungspflicht im Einzelnen*

aa) *Treue- und Obhutsverhältnis als Voraussetzung einer Behandlungsbefugnis*

Die Pflicht der Behandlung eines Kranken kann aus sachlogischen Gründen nicht jedermann, sondern nur einzelne Personen (allenfalls Thera-

pie-Institutionen) treffen. Vorausgesetzt ist nicht nur physische Präsenz der Kranken und die Möglichkeit, die in Frage stehende Therapie auch durchzusetzen; hinzutreten muss als zusätzliches Element eine wie auch immer begründete Sonderbeziehung, welche den Arzt mit der Pflicht der Fürsorge und der Hilfe belastet. Diese Sonderbeziehung zwingt insbesondere auch zu Therapiemassnahmen, die bei Begründung dieser Sonderbeziehung von den Beteiligten nicht vorausgesehen wurden²⁹. Die derartige Sonderbeziehung begründenden Sachverhalte können ganz verschiedener Art sein (dazu gleich lit. bb), sind aber auf der Ebene zivilrechtlicher wie strafrechtlicher Betrachtung dieselben.

- bb) Beispiele der Begründung eines Treue- und Obhutsverhältnisses; insbesondere FFE (fürsorgerische Freiheitsentziehung)
- Vereinbarung mit dem Patienten, der in Zeiten noch bestehender Urteilsfähigkeit einen Arzt konsultiert oder sich in einer Anstalt installiert;
 - Vereinbarung mit dem gesetzlichen Vertreter des Patienten, dessen Angehörigen oder irgendwelcher um das Wohl des Kranken sich bemügender Dritter (insbesondere auch der Polizei, welche verwirrte Personen einliefert);
 - Einlieferung in eine Anstalt³⁰ auf Grund fürsorgerischer Freiheitsentziehung (FFE). Diese Institution folgt eigenen Gesetzen, die hier nicht zu behandeln sind (vgl. aber dazu oben Ziff. III/2 lit. d), hier insofern Beachtung erfordert, als mit einer derartigen Massnahme so deutlich wie mit keiner anderen das eine Behandlungspflicht auslösende Obhutsverhältnis begründet wird.
- cc) privatrechtliche Beziehung

Die Behandlung in einer Arztpraxis wie in einer Krankenanstalt beruht grundsätzlich³¹ auf privatrechtlichen, heisst hier vorab vertraglichen

29 Wenn beim Zahnarzt ein Patient während der Behandlung in Ohnmacht fällt oder gar eine Herzattacke erleidet, muss der Arzt die ihm möglichen Hilfsmassnahmen ergreifen (und allenfalls für Pflege durch einen problemnäheren Arzt besorgt sein). Dasselbe gilt auch in unserem Beispielskreis.

30 Die in ZGB Art. 397 a Abs. 1 genannte «geeignete Anstalt» kann nach dem Wortlaut des Gesetzes ebenso gut eine private wie staatliche Institution sein. Ein FFE kann der Behandlung keinen hoheitlichen Charakter geben und Privatrecht nicht ausschalten.

31 Grundsätzlich heisst hier unter Vorbehalt von Besonderheiten, wie sie sich unter den Gesichtspunkten der Krankenversicherung oder öffentlicher Sozialfürsorge, aus kantonaler Gesetzgebung oder Reglementen von (privaten oder öffentlichen) Krankenanstalten ergeben können. Der rechtliche Zwittercharakter zwischen priva-

Grundlagen. Zur Qualifizierung dieser Verträge ist nur gerade festzustellen, dass diese in Nähe des Auftrags (OR Art. 394–406) und damit des römischen Mandats stehen, das schon terminologisch auf den wesentlichen Punkt des beidseitigen Treuegelöbnisses der Parteien hinweist³²: Der Mandatar, hier der Arzt, ist zum Handeln verpflichtet nicht nur im Rahmen der bei Vertragsschluss vorgesehenen Aktivität, sondern darüber hinaus ebenso, wenn nicht vorausgesehene Situationen ein Tätigwerden erfordern.

Sanktionen im Falle unterbliebener Behandlung bestehen in Ersatzpflicht für eingetretenen Schaden, allenfalls Genugtuung (z.B. für ausgestandenen Schmerz infolge unterbliebener Medikamentierung; hier in Normkonkurrenz mit ZGB Art. 28: Persönlichkeitsverletzung durch Unterlassen).

dd) Strafrecht

Die Pflicht zur Behandlung wird hier besonders deutlich, wird doch das Unterlassen gebotener Behandlung im Rahmen des hier besprochenen Obhutsverhältnisses unter harte Strafsanktion gestellt: StGB Art. 127 («Aussetzung»): «Wer einen Hilflosen, der unter seiner Obhut steht oder für den er zu sorgen hat, einer Gefahr für das Leben oder in einer schweren unmittelbaren Gefahr für die Gesundheit aussetzt oder in einer solchen Gefahr im Stiche lässt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.»

3. Das Bestehen der geforderten «gesetzlichen Grundlage» der Behandlung Urteilsunfähiger

Die vorstehenden Ausführungen (Ziff. V/2 lit. c) zeigen, dass im Falle notwendiger Verarztung nicht bloss eine die fraglichen Eingriffe erlaubende gesetzliche Grundlage besteht, vielmehr für die Verantwortlichen nach geltender Bundesgesetzgebung (in jedem Fall StGB Art. 127, vielfach auch vertragsrechtliche Regeln) eine Pflicht zum Handeln besteht. Festzuhalten ist hier, dass die strafrechtliche Regel (wohl meistens auch mindestens subsidiär das Vertragsrecht) Geltung hat ganz unerachtet der Qualifikation der Behandlungstätigkeit als hoheitliche oder gewerblich-private:

tem und öffentlichem Recht ist offenkundig, hindert aber keineswegs, dass auf die hier interessierenden persönlichen Beziehungen zwischen Arzt und Patient allein Bundesprivatrecht anwendbar ist.

32 *Mandat*um von *manum dare*, d.h. das Händedrücken oder das «Aushändigen» einer Sache oder hier: von sich selbst.

Das in der Sache entscheidende Fürsorgeverhältnis wird allein als Faktum bedeutsam, während dessen Entstehung und rechtliche Qualifizierung nicht relevant ist: Der hoheitlich ein Gefängnis verwaltende Verantwortliche befindet sich mit Bezug auf die in seiner Obhut befindlichen Gefangenen in der gleichen Rechtslage wie der Ehemann bezüglich seiner Ehefrau, die Mutter bezüglich ihrer Kinder, die Ärzte, ob beamtet oder in privater Stellung, hinsichtlich der in ihrer Pflege befindlichen Kranken: Wenn die unter Obhut Gestellten der Hilfe bedürfen und diese nur vom Obhutsträger geleistet werden kann, machen sich alle in gleichem Sinne strafbar, wenn sie es unterlassen, das Notwendige vorzukehren.

Im Falle der Behandlung urteilsunfähiger psychisch Kranker steht ausser jeden Zweifels, dass die verantwortlichen Ärzte einer Krankenanstalt, wenn sie einem ausser sich geratenen Patienten nicht die *lege artis* geforderte Therapie zukommen lassen, sich der «Aussetzung» i.S. von StGB Art. 127 schuldig machen und von Amtes wegen verfolgt werden müssen³³. Keine Rolle spielt dabei der Status der Krankenanstalt oder die rechtliche Qualifikation der dort geübten Tätigkeit, und keine Entschuldigung für ein Unterlassen der Therapie könnte der Umstand sein, dass der Kranke sich der notwendigen Therapie widersetze. Angesichts dieser eindeutigen Rechtslage ist es nicht leicht zu erklären, wie die I. öffentlichrechtliche Abteilung des Bundesgerichts von fehlender Rechtsgrundlage sprechen und mit erhobenem Drohfinger von den Kantonen die Schaffung solcher Rechtsgrundlagen fordern kann³⁴.

33 Daran kann ein von aussen ausgeübter Druck nichts ändern: Zwar ist es nachfühlbar, dass Ärzte schwierige Patienten, die Probleme und Arbeit schaffen, gerne loswürden, und dies besonders, wenn infolge antipsychiatrischer Intervention auch noch von Seite der Juristen Ungemach droht. Wenn sie indessen trotz gebotener Behandlung auf solche verzichten oder gar den Patienten den diesen herausfordernden Aussenstehenden herausgeben, unterfallen sie der Strafdrohung von StGB Art. 127, und dies selbst dann, wenn in der Folge eigentlicher Schaden am Kranken selber oder an Dritten ausbleibt, ist doch Aussetzung i.S. von StGB Art. 127 kein Erfolgs-, sondern ein Gefährdungsdelikt.

34 «Der bernische Gesetzgeber ist unter diesen Umständen gehalten, umgehend eine entsprechende gesetzliche Grundlage zu schaffen ...» (Berner Entscheid S. 117 Mitte). – Angesichts der Annahme des Fehlens einer gesetzlichen Grundlage hat das Gericht in jenem Entscheid noch den Ausweg in der «polizeilichen Generalklausel» gesucht, welche Argumentation allerdings in sich nicht konsistent ist. Vgl. dazu überzeugend MARKUS MÜLLER, Legalitätsprinzip – Polizeiliche Generalklausel – Besonderes Rechtsverhältnis, zu BGE 126 I 112 ff., in ZBJV 136 (2000), 725 ff, der zeigt, dass das Legalitätsprinzip i.S. bisheriger höchstrichterlicher Rechtsprechung relativiert und die angerufene polizeiliche Generalklausel überdehnt wird.

VI. Zu den Erscheinungsformen der Urteilsunfähigkeit auslösenden psychischen Störungen

1. Fragestellung im Allgemeinen

Über Vorliegen oder Fehlen der UF bestehen in der Mehrzahl der Fälle übereinstimmende Auffassungen, was nicht hindert, dass in den hier besprochenen Sachverhalten ein breiter Grenzbereich und damit Ungewissheit herrschen kann. Das ständig wechselnde Bild des zu Beurteilenden ist von Laien nicht leicht zu interpretieren, und das Ergebnis mag selbst unter Fachleuten streitig sein. Die Unsicherheit und der gegebene weite Ermessensspielraum bei der Feststellung der UF kann die rechtliche Bedeutung dieser Qualifizierung nicht in Frage stellen. Da der Jurist, an sich zur Entscheidung über das Vorliegen dieser rechtlich bestimmten Grösse zuständig, meist wenig diesbezügliche Erfahrung besitzt, werden hier allgemeine Ausführungen zur Krankheitssymptomatik der Schizophrenie angeschlossen. Vor allem gilt es, die bisher von Juristen offenkundig kaum beachtete Tatsache zu veranschaulichen, dass die Therapieverweigerung ein für die heute Schizophrenie genannte Krankheit typisches Phänomen ist und ihrerseits Ausfluss der Krankheit darstellt.

2. Die im Zusammenhang der Urteilsfähigkeit i.S. von Art. 16 und 18 ZGB massgeblichen Gesichtspunkte

Der Begriff der Urteilsfähigkeit wie auch der (in vorliegendem Zusammenhang im Vordergrund stehende) Gegenbegriff der Urteilsunfähigkeit ist *relativ* zu verstehen, d.h., diese Voraussetzung wird nicht auf Personen als solche bezogen, sondern auf bestimmte von diesen vorgenommene Handlungen oder zu treffende Entscheidungen: Es wird nicht unterschieden zwischen urteilsfähigen und urteilsunfähigen Personen, ebenso nicht bezüglich einer bestimmten Person zwischen Perioden der Urteilsunfähigkeit und luziden Intervallen; zu entscheiden ist allein zwischen rechtlich beachtlichen und nicht beachtlichen Willensäusserungen hinsichtlich einer konkreten Entscheidung zum gegebenen Zeitpunkt. Im hier behandelten Fragenkreis kann es nicht darum gehen, die intellektuellen Fähigkeiten psychisch Kranker im Allgemeinen zu betrachten; von Interesse ist allein deren Entscheidungsfähigkeit hinsichtlich der sie betreffenden therapeutischen Massnahmen.

Auf konkrete Entscheidungssituationen bezogene Feststellungen können zwar nur kasuell getroffen werden; allgemeine Beobachtungen, sofern sie statistische Wahrscheinlichkeit haben, lassen sich trotzdem vortragen. Wenn

der Schreibende hier etwas ausholt, so weniger, weil er sich in seiner Dissertation und als Kommentator der Art. 16 und 18 ZGB mit diesem Thema beschäftigen musste³⁵, sondern weil er aus hier nicht darzulegenden Gründen über zwei Jahrzehnte hinweg rund ein Dutzend psychisch Kranker und deren Schicksal (einschliesslich der von ihnen empfangenen Therapien und der Bemühungen der sie behandelnden Ärzte) aus relativer Nähe beobachtete und Erfahrung und Anschauung gewinnen musste, über welche Richter (und wohl auch etliche der sich mit derartigen Fragen beschäftigenden juristischen Autoren) regelmässig nicht verfügen.

3. **In vorliegendem Zusammenhang interessieren allein schwere psychische Störungen bei dem als Schizophrenie bezeichneten Krankheitsbild**

Bereits ein Blick auf den Ablauf der Ereignisse im Berner Fall (Sachverhalt S. 113) gibt eine Anschauung der Probleme: Der Kranke befindet sich seit drei Monaten in der psychiatrischen Klinik, wo er (so muss angenommen werden) auch täglich seine Tabletten einnimmt. Einmal bleibt er nach einem Spaziergang aus, kehrt aber nach drei Tagen, vielleicht die gesicherten äusseren Umstände des Anstaltslebens vermissend, gewiss aber auch die Folgen der Medikamentenlosigkeit verspürend, wiederum in die Anstalt zurück. Aber die Rückkehr in die von ihm einerseits benötigte, gleichzeitig aber auch verhasste und bedrohlich erscheinende Umgebung der Anstalt löst eine Krise aus: Er «flippt aus», wie man heute zu sagen pflegt, ist aufgeregt und muss deshalb in die Akutstation verlegt werden, was den Zustand verschlimmert, ihn zu Tätlichkeiten veranlasst und seine Einschliessung in einem Isolierzimmer notwendig macht, wo denn auch zwangsweise Verabreichung von Medikamenten erfolgt. Der äussere Ablauf zeigt, dass der Patient aus Anlass seines Wiedereintritts in die Anstalt seine Sinne verlor, im ursprünglichen Sinn des Wortes «ausser sich» geriet, «verrückt» wurde, weder seinen Zustand als krankhaft erkennend noch gar jetzt die Notwendigkeit der Medikamentierung einsehend, die zu akzeptieren er im Moment seines Wiedereintritts offenkundig noch bereit gewesen war. Dass er in Bezug der Therapie urteilsunfähig war, damit Zwang im Rechtsinn gegen ihn nicht angewendet werden konnte, ist auf Grund der geschilderten Abläufe nicht zweifelhaft.

Bei der Behandlung körperlicher Beschwerden und auch bei psychischen Krankheiten im Allgemeinen wird die Zustimmung des Patienten zu

35 EUGEN BUCHER, Berner Kommentar zum ZGB, Art. 11–26, Bern 1976 bes. zu Art. 16, sodann dessen Diss. (Fn. 26).

der ihm vorgeschlagenen Therapie die Regel, Therapieverweigerung seitens des Patienten eine Ausnahme darstellen (dazu noch folgende Ziff. 3). Vor diesem Hintergrund konstituieren die an der heute als Schizophrenie bezeichneten Krankheit Leidenden eine eigene Gruppe, die sich in diesem Punkt von allen anderen unterscheidet. Sie ist es, die allein die hier zu besprechenden Probleme schafft, weil die Kranken gerade auf Grund ihrer Krankheit in Abweichung von der genannten Regel typischerweise die ihnen vorgeschlagene Therapie ablehnen, weil sie nicht in der Lage sind, diese zu verstehen und zu akzeptieren. Während dem von inneren Leiden geplagten Depressiven meist jede Massnahme willkommen ist, welche ihm zur Linderung des Leidensdrucks vorgeschlagen wird, erlebt und interpretiert der Schizophrene die ihn plagenden Wahnvorstellungen als Angriffe von aussen, was in vielen Fällen in eine allgemeine Abwehrhaltung gegen alles von aussen Kommende ausartet und auch die Ärzte und deren Versuche der Behandlung einschliesst. Der Kranke vermag nicht zu erkennen, dass die von ihm erlebten Plagen ihren Ursprung in ihm selber haben, er daher gegen sich selbst geschützt werden muss durch eine von aussen kommende Therapie.

Die Schwierigkeit der Überwindung der Ablehnungshaltung gegenüber Therapie ist so typisch für das hier besprochene Krankheitsbild, dass die Fähigkeit des Psychiaters, dem widerstrebenden Patienten Medikamente zu verabreichen, zu den von ihm geforderten Eigenschaften gehört: Fähigkeit des Ausschaltens des Widerstandes des Patienten als Bestandteil der zu stellenden professionellen Anforderungen. In den meisten Fällen gelingt es, die krankheitstypische Abwehrhaltung des Patienten durch sanften oder auch weniger sanften Druck zu überwinden, ihn dazu zu bringen, Medikamentierung zu akzeptieren. Hat sich der Patient mit der Einnahme von Pillen oder der Entgegennahme von Einspritzungen abgefunden, bleibt typischerweise latenter Widerstand bestehen, was wiederum die Durchführung der Behandlung beeinflusst: Das Schlucken der Pillen muss so gut als eben möglich kontrolliert werden. Sodann mag es für den Arzt schwierig sein, andere (vielleicht bessere) Medikation zu erproben, weil der Patient sich zwar mit der gegenwärtig geübten Therapie abgefunden hat, für einen Wechsel aber nicht gewonnen werden kann³⁶. Eine Verschlechterung des Zustandes wird sich meist in offener Ablehnung bisher akzeptierter Medikation äussern, genau

36 Die Angst vor allem Unbekanntem, das daraus erwachsende Festhalten an dem gewohnten Bisherigen und das Ablehnen von unvertrautem Neuen ist charakteristisch für das schizophrene Krankheitsbild, ebenso die Neigung zur Ablehnung der an den Kranken herangetragenen Vorschläge, dies aus Angst vor Fremdbestimmtheit und daraus resultierendem Identitätsverlust.

entgegengesetzt ist ebenso typisch Ablehnung derselben im Falle einer Besserung, d.h. bei Wegfallen von Leidensdruck.

Oft ist die Ablehnung die Folge äusserer Einflüsse (Zuspruch anderer Kranker oder seitens Dritter, welche, aus welchen Motiven auch immer, den Kranken zu überreden versuchen, keine Medikamente zu nehmen)³⁷. Abläufe, bei denen sich der Widerstand des Patienten gegen Therapie bis zur Veranlassung von Gerichtsverfahren steigert und damit die Juristenschaft beschäftigt, sind indessen niemals eine spontane Aktion des Patienten, sondern entwickeln sich ausschliesslich unter Einfluss von aussen, d.h. im Falle gegebener Intervention antipsychiatrischer Personen oder Organisationen, die, wie oben gesehen, denn auch die Verfahren vor Gericht autonom und wie ein eigenes Geschäft betreiben³⁸.

Das Krankheitsbild der Schizophrenie weist die Eigenheit auf, dass das Leiden typischerweise nicht primär die Erkenntnisfähigkeit des Patienten im Allgemeinen einschränkt, aber in schwereren Fällen fast regelmässig die Möglichkeit des Erkennens des eigenen Zustandes und der von diesem geforderten Therapie ausschliesst. Die Intelligenz des Patienten mag in vielen Lebensbereichen ohne grosse Einschränkung spielen, dieser mag die Tagesgeschehnisse verfolgen und verstehen, guter Gesprächspartner, geschickter Schachspieler oder sorgfältiger Autofahrer sein, was alles nicht hindert, dass er für das, was seine Krankheit und die von ihr geforderten Massnahmen betrifft, gewissermassen einen blinden Fleck hat und als urteilsunfähig im Rechtssinne gelten muss. Die sich mit der Therapie der Schizophrenen sich befassenden Juristen sollten sich Rechenschaft geben von den Eigentümlichkeiten dieser Situation, die in vergleichbarer Form bei anderen Krankheiten nicht angetroffen wird.

37 Die hier beschriebene Besonderheit der Schizophrenie manifestiert sich insbesondere auch bei den von aussen auf den Patienten einwirkenden Beeinflussungen. UF setzt nicht nur Erkenntnisvermögen voraus, sondern verlangt auch die Fähigkeit, sich einen eigenen, von äusseren Einflüssen nicht verfälschten Willen zu bilden; dazu BUCHER, Fn. 35, Komm. ZGB 16: «Erfordernis der Fähigkeit, gemäss eigenem Willen zu handeln», N. 62–66. Das in N. 63 in ganz anderem Zusammenhang entwickelte Beispiel mangelnder Urteilsfähigkeit kann auch hier vorkommen: Der Kranke ist nicht in der Lage, einen eigenen Willen zu bilden, sondern macht im Vorherein fremden Willen zu seinem eigenen. Aber in den hier betrachteten Fällen ist noch häufiger die Fehlentscheidung des Kranken, veranlasst durch Beeinflussung seitens therapiefeindlicher Kreise, denen es leicht fällt, die krankheitstypische, bisher latente Ablehnung von Therapie zu aktualisieren. Durch Zureden Dritter ausgelöste Therapieablehnung muss fast immer als Entscheidung eines Nichtselbstverantwortlichen, d.h. eines i.S. von ZGB Art. 16 Urteilsunfähigen, gesehen werden.

38 Vgl. oben Ziff. III/1 lit. c.

Der Hintergrund der Willensbildung Schizophrener bezüglich ihrer Behandlung rechtfertigt bereits die Feststellung, dass in den zum rechtlichen Problem ausartenden Fällen die Urteilsfähigkeit des Patienten bezogen auf ihre Behandlung in hohem Grade zweifelhaft ist. Zur abschliessenden Beurteilung gehört indessen das Wissen um die fatalen Folgen, welche in schweren Krankheitsfällen bei Unterbleiben von Therapie zu befürchten sind und durch Behandlung oft verhindert werden können: Es ist die Tragweite der Folgen der Verweigerung der Therapie, welche hier den Massstab zur Beurteilung der Fähigkeit der Selbstbestimmung setzen. Dazu unten Ziff. VII/3.

4. **Hinweis auf die Variante des «leichten Falles» und auf Therapie-Alternativen**

Das soeben geschilderte Krankheitsbild des hinsichtlich seiner Behandlung voll urteilsunfähigen Patienten betrifft die schweren Erkrankungen, bei denen sich das Leiden langsam (und vorerst unmerklich) entwickelt hat und für welche zwar im Lauf der Jahre Besserung, aber nur selten gänzliche Heilung erhofft werden kann. Diese stehen hier im Vordergrund, weil die den Juristen beschäftigenden Tatbestände sich vorab in diesem Bereich ereignen. Hier ist zur Abrundung des Bildes auf die zahlreichen, wenn auch den Juristen kaum beschäftigenden Fälle leichter Erkrankung, die, wenn überhaupt, regelmässig bloss ambulant behandelt werden. Es ist der Fall des von irrealen Bildern und von Stimmen Bedrängten, der sich indessen im Alltagsleben noch einigermaßen halten kann. Hier mag gegenüber der Verabreichung von Medikamenten zur Verbannung der Wahnvorstellungen die Alternative des Verzichts auf Medikamente bestehen³⁹. Im Gegensatz zum schwer Erkrankten, der unter seinem Zustand leidet, mag hier der Betroffene das sich in seinem Kopfe abspielende *happening* spannend finden oder gar geniessen⁴⁰. Der Genuss ist allerdings gefährlich: «Wenn man in diese

39 Derartige (keineswegs seltene) Erscheinungsformen der Schizophrenie zwischen gesund und krank sind hier zu vermerken, weil sie Ansatzpunkt der Medikamentierung ablehnenden (auch von Psychiatern in jüngerer Vergangenheit nicht selten vertretenen) Auffassungen der Krankheit sind, woran so viel richtig sein mag, dass in Fällen schwacher Betroffenheit die Probleme durch Gesprächstherapie einerseits, Selbstdisziplin des Patienten andererseits bewältigt werden können.

40 «Antipsychiatrische» oder wenigstens Medikamentierung grundsätzlich ablehnende Auffassungen orientieren sich an der Tatsache, dass in leichten Fällen Wahnvorstellungen für den Betroffenen angenehm sein können, während die Behandlung mit dagegen gerichteten Medikamenten ein Gefühl der Leere schaffen mag.

Gegenden hineinwandert, riskiert man, den Weg zurück nicht mehr zu finden» (Aussage eines Betroffenen).

Vorab in der Achzigerjahren bestand innerhalb der Psychiatrie eine Richtung, welche Medikation nicht geradezu ablehnte, wohl aber sie nach Möglichkeit minimieren wollte, eine Bewegung, die damals auch ausserhalb der Heilkunde im gebildeten Publikum erhebliche Beachtung fand⁴¹. Diese Richtung hatte niemals behauptet oder gar nachweisen können, in jedem Fall ohne Medikamente auszukommen; ihre Verdienste liegen in der Schaffung von mehr Verständnis für die Krankheit und die Kranken sowie möglicherweise in Anregungen zur Behandlung jener begrenzten Gruppe von Patienten, bei denen mit Geschick und Glück ein Therapeut ganz oder fast ohne Medikamente durchkommt.

Angemessene Therapie Schizophrener wird sich niemals auf Medikation beschränken, sondern auch psychische Betreuung im weitesten Sinne fordern: Gespräche allein wie in Gruppen oder zusammen mit Familienangehörigen («Familietherapie»), das Bemühungen, den Patienten aus seiner Isolation herauszuholen, sozial zu re-integrieren und zur Verwirklichung kleiner Vorhaben anzuhalten usw. Derartige betreuende Bemühungen können gelegentlich in Konkurrenz zu Medikamentierung treten, d.h., diese ganz oder teilweise entbehrlich machen, aber jeder Sachkenner wird zugeben, dass dies nicht allgemein möglich ist, vielmehr allein in leichteren Fällen und oft bloss vorübergehend. Am ehesten werden unter Fachleuten die Meinungen auseinander gehen, wie bei erst sich anbahnender Krankheit zu verfahren sei: möglichst frühzeitige Medikation, um Schlimmerem vorzubeugen, oder Beschränkung auf Zuspruch und auf Beeinflussung der Lebensführung⁴², dies in

41 Es war vor allem R. D. LAING, der in zahllosen weit verbreiteten und in verschiedene Sprachen übersetzten Publikationen das Krankheitsbild der Schizophrenie und das Innenleben der Betroffenen eindrücklich zu ergründen vermochte. Er knüpft an die von EUGEN BLEULER um die letzte Jahrhundertwende geprägten Termini der Schizophrenie an, wobei er das Gespaltensein auf verschiedene Weise (Innenleben und Aussenwelt; das Ich des Kranken im Gegensatz zu seinem Körper usw.) deutet. Unter www.amazon.com werden derzeit noch 68 Positionen zu «R. D. Laing» vermerkt, darunter zahlreiche Übersetzungen oder Abhandlungen Dritter über R. D. LAING. Vieles ist vergriffen, das Interesse des Publikums in den letzten Jahren geschwunden.

42 In einer Anfangsphase mag nicht selten die innere Haltung des Gefährdeten die weitere Entwicklung beeinflussen: Schützend wirken Disziplin in Lebensführung (Einhaltung einer Tagesstruktur, geregelte Arbeit usw.) wie auch der Wahrung «psychischer Hygiene», d.h. das Verscheuchen auftauchender Wahnideen (vgl. dazu oben bei Fn. 39). Umgekehrt ist eine Haltung des «Sichgehenlassens» gefährlich. Drogen oder auch «bloss» der Konsum von Haschisch stellen für Krankheitsgeneigte erst-rangige Risiken dar.

der Hoffnung, dass auf diesem Wege der offene Ausbruch der Krankheit unterbleibe. Dem Juristen steht in dieser Frage ein Positionsbezug nicht zu.

VII. Zu den heute angebotenen Therapien und der Alternative der Therapielosigkeit

1. Ausgangspunkt

Die in Laienliteratur (Hinweise in Fn. 47) zu findende und vom Bundesgericht auf weiten Strecken übernommene Sicht, die von zwangsläufiger und unentrinnbarer Nachteiligkeit der Verabreichung etwa von Neuroleptika ausgeht, wird von keinem Fachmann bestätigt. Richtig und unbestritten ist die Gefahr von Nebenfolgen, aber solche lassen sich nicht ein für allemal bezogen auf ein bestimmtes Produkt feststellen. Sie sind nur potentiell im Medikament enthalten, während es die Konstitution des Patienten ist, welche diese Nebenfolgen, wie man hofft, nicht auslösen wird, oder leider trotzdem auslöst. Über verschiedene Typen von Psychopharmaka zu diskutieren und deren Verschiedenartigkeit hinsichtlich der möglichen Nebenfolgen zu unterscheiden, ist nicht weiterführend. Der Jurist kann allein festhalten, dass bei medikamentöser Psychotherapie mit Nebenwirkungen gerechnet werden muss, dass aber dies im Falle der psychischen Erkrankungen so wenig wie bei anderen Grund sein kann, auf Therapie zu verzichten⁴³.

2. Vergleich mit den Therapie-Risiken in anderen Bereichen

Viele der heute in der Allgemeinmedizin gängigen Produkte, und am meisten die wirksamsten unter ihnen (so etwa das seit langem eingebürgerte Cortison mit all seinen Varianten), können Nebenfolgen haben und schwerste Dauerschäden auslösen, ja suchtgefährdend oder gar lebensbedrohend sein und werden trotzdem angewendet. Wir haben daher bezüglich der Nebenfolgen der angewendeten Therapien keinerlei Sondersituation vor uns, die eine rechtliche Sonderbehandlung verlangen oder rechtfertigen würde; die zu erwartenden Nebenfolgen sind sogar vergleichsweise harmlos.

43 Anders beim urteilsfähigen Patienten; falls dieser vom Arzt eine bestimmte Behandlung fordert oder in Kenntnis von deren Risiken zustimmt, steht dieser nichts im Wege.

Beim Vergleich des psychiatrischen Therapierens mit jenem in anderen Disziplinen der Heilung darf an das erinnert werden, was gerne verdrängt und zur Schonung der Gemüter verschwiegen wird: *Malpractice* der Ärzteschaft kostet laufend einer grossen Zahl von Leuten das Leben: Die Schätzungen, darunter solche von internationalen Organisationen und sonstigen zutrauenswürdigen Institutionen, schwanken für die Schweiz und pro Jahr zwischen eintausend und fünftausend Todesfällen, die bei sachgerechter Behandlung nicht eingetreten wären (Schätzungen über die ein Vielfaches betragenden Fälle blosser Schädigungen lassen sich gar nicht erst anstellen). Überlegungen zum Quantitativ innerhalb des genannten Rahmens sind zwecklos; die Tatsache als solche ist kaum bestritten und für den Schreibenden glaubhaft⁴⁴.

Unprofessionelles Vorgehen und Verfehlen optimaler Therapie wird in der Psychiatrie nicht weniger als in anderen medizinischen Disziplinen vorkommen. Wie kommt es zu den in obgenannte Schätzungen einflussenden Todesfällen? Die Dinge liegen genau umgekehrt, als wie das hohe Gericht und etliche in dieser Frage sich äussernde Autoren anzunehmen scheinen: Lebensgefährlich oder gar letal ist nicht die Verabreichung von Medikamenten oder deren falsche Wahl, sondern das Gegenteil: unzureichende Medikation oder Entlassung des Patienten aus Kontrolle mit der Folge, dass dieser sich das Leben nimmt⁴⁵.

3. **Rechtfertigung von Risiken: die Alternativen der Nicht-Medikamentierung**

Überlegungen zu den heute verfügbaren Therapien und die Bewertung von deren Nebenfolgen müssen die Indikationen einbeziehen, d.h. die zu verhindernden Folgen der Therapielosigkeit: Über die Gefahr von

44 Aus persönlichem Erleben hat er allen Grund für diesen Glauben: Der Leser dieser Zeilen würde sich gerade jetzt mit anderem Text beschäftigen, wenn es nach dem Rat des den Schreibenden behandelnden Erst-Arztes gegangen wäre: Im Alter von 18 Jahren ist er nur deshalb knapp dem Tode entronnen, weil sein Vater Beizug eines Chirurgen veranlasste und damit in letzter Minute eine entgegengesetzte Behandlungsstrategie erzwang.

45 Jeder Arzt mit grösserer Erfahrung in der Behandlung schwerer Schizophrenien hat Suizide von Patienten erlebt und muss sich bei jedem fragen, ob sich dies nicht hätte verhindern lassen. Dem Schreibenden ist der Fall des Sprungs eines Zwanzigjährigen von der Halen-Brücke bekannt, bei dem die Nachlässigkeit des Arztes in der Medikation und Kontrolle des Patienten als Ursache nicht in Zweifel stehen konnte. – Zu der genannten Gefahr des Suizids des Patienten tritt hinzu jene, dass dieser infolge gleicher Gründe Dritte schädigt, in selteneren Fällen auch umbringt.

Nebenfolgen zu sprechen, ist nur zulässig, wenn diese in Relation zu den durch die Therapie zu vermeidenden Krankheitsfolgen gesetzt wird. Dieser in der juristischen Diskussion vernachlässigte Aspekt soll hier wenigstens mit einigen Hinweisen vorgestellt werden. Die Folgen unterbliebener Therapie sind in Fällen schwerer Erkrankung schwer wiegend, ja dramatisch.

Die für den *akuten Anfall* charakteristischen Umstände werden mit den Abläufen des «Berner» Falles illustriert: ein Mensch, der innerhalb der Anstalt, in die er wenig zuvor freiwillig eingetreten ist, in Zustände der Angst und Aufgeregtheit hineingerät. Die damit für seine Umgebung und für die Verantwortlichen entstehenden Probleme sind die eine Seite, aber hier geht es um jene des Kranken, die, so müssen wir annehmen, ihm unsägliche Leiden bereiten. Alles zwingt zur Annahme, dass im akuten Anfall derartige Patienten schwere Qualen leiden, während unverständliches Verhalten, insbesondere Aggressionen gegen Dritte wie auch gegen sich selber, nichts anderes sind als verzweifelte Versuche, mit den qualvollen Vorgängen im Innern fertig zu werden. Derartige Deutung wird bestätigt, wenn ein Patient, dem unter äusserem Druck Injektionen gemacht wurden, sich am anderen Tag bei seinen Ärzten für diese bedankt, die ihm Erleichterung verschafft haben (der Schreibende hat zuverlässige Kenntnis von derartigen Abläufen).

Endstadien von Schizophrenien, die sich als *Folge dauernd unterbliebener wirksamer medikamentöser Behandlung* einstellen, sind heute glücklicherweise seltener geworden. Der Rückblick in die Vergangenheit bietet dafür allerdings drastische Dokumentation: Vor der Verfügbarkeit der modernen Psychopharmaka, die erst vor rund einem Vierteljahrhundert sich durchsetzten, war das Schicksal Schizophrener, deren Heilungserwartung sich besonders dramatisch verbessert hat, in der Mehrzahl der schweren Fällen hoffnungslos: entweder am Ende der Suizid oder aber das Versinken in geistiger Abkapselung und ein bei lebendigem Leib vollzogenes Wegtreten von dieser Welt (was der Krankheit denn auch ihren ersten Namen, *dementia praecox*, eingetragen hat). Wer nicht diese Krankheitsbilder erlebt hat, kann nicht wissen, was bei der hier diskutierten Frage: Medikamentierung ja oder nein? auf dem Spiele steht.

Zwei Hinweise auf persönlich Beobachtetes: Die erste Begegnung des Schreibenden mit Schizophrenie und Geisteskrankheit überhaupt, die im Umfeld seiner Jugendzeit gänzlich gefehlt hatte und ihn unvorbereitet traf, ist ein Studienkollege an der Universität Zürich: brillanter, einfallsreicher und lebenslustiger als die übrigen, dann aber, wenige Jahre später, beim Verfassen der Dissertation langsamer als erwartet vorankommend und schliesslich in seinem Praktikum am Züricher Bezirksgericht (das für den Schreibenden zu einem grossen Erlebnis wurde und ihn erst zum Juristen machte) nicht recht Fuss fassend. Dieser Mann geht nach wenigen Monaten vom Ge-

richt weg, kapselt sich ab und führt ein Leben ohne Ziel, die äusseren Lebensumstände der Verwahrlosung anheimgebend. Schliesslich Eintritt in die zürcherische Universitätsklinik «Burghölzli» und Diagnose Schizophrenie. Der Schreibende, einer der wenigen mit Verbindung bis zum Schluss, erlebt die verzweifelten Versuche der Ärzte mit den damals verfügbaren Therapien (Elektroschock, Insulinschock, beide Leid verursachend, aber fallweise hilfreich, wenn auch nicht mit heutiger Chemotherapie zu vergleichen). Dann schliesslich, in Erkenntnis der Hoffnungslosigkeit der eigenen Lage und aus Anlass der Rückforderung der Ausrüstung des inzwischen ausgemusterten Offiziers: nach Bereitstellung der Ausrüstung zur Rückgabe Suizid mit der Dienstwaffe. Ein Ablauf, der damals für viele der schweren Schizophrenie-Erkrankungen stehen konnte.

Der Fall des im chronischen Verlauf «dement» Gewordenen ist heute selten sichtbar; der Schreibende ist ein einziges Mal und durch Zufall einem solchen Kranken begegnet, wird ihn aber nicht vergessen können: Ein Mann, ruhig und mit einem Gesicht, das keinerlei Regung erkennen lässt, mit Augen, die durch das Gegenüber hindurchzuschauen scheinen aber von denen man zweifelt, dass sie die Umwelt wirklich wahrnehmen, und ein Schweigen auf Fragen, welches offen lässt, ob die Frage verstanden wurde. Der Kommentar des Psychiaters: «Wenn einer einmal so wie X in eine andere Welt weggetreten ist, kann ihn niemand mehr zurückholen.»

Diese Schilderungen, weil erst das Geschilderte die gegen die Psychopharmaka erhobenen Einwendungen in die richtigen Proportionen rückt: Dass «Störungen der Bewegungsabläufe, Verkrampfungen» oder aber auch motorische Unruhezustände⁴⁶ zwar nicht auftreten müssen, aber auftreten können, trifft zu. Aber vor dem Hintergrund der geschilderten drohenden Entwicklungen von Zerfall und Tod ist das ablehnende Herausstellen und Auflisten potentieller Nebenfolgen der Psychopharmaka fehl am Platz.

4. Zur Therapie von Widerstrebenden im Allgemeinen

In der Praxis lassen sich genau besehen die vom Gericht als «Zwangs»medikation bezeichneten Fälle nicht scharf von den übrigen abgrenzen, in denen der fast die Regel darstellende Widerstand gegen Medikamentierung ohne Gewaltanwendung durchbrochen wird. Der kundige Therapeut wird den Patienten zu überzeugen oder auch mit mehr oder weniger sanftem Druck zu bewegen versuchen und in den meisten Fällen auch so sein

46 JOSET (Fn. 47), 1427. In ähnlichem Sinne weitläufig auch der Basler Entscheid (z.B. E. 5 lit. g).

Ziel erreichen. Gesehen werden muss, dass bereits die argumentative Beeinflussung mehr oder weniger eine Ausschaltung des Willens des Patienten darstellt und sich in diesem Sinne nur quantitativ, aber nicht im Grundsätzlichen von den Fällen der Gewaltanwendung unterscheidet. Aber dies ist bei gegebener Krankheit Voraussetzung des anzustrebenden Behandlungserfolges.

Neben den bereits genannten Gründen der Medikamentierung muss vor allem gesehen werden, dass in vielen Fällen die Medikamentierung nicht bloss der momentanen Beruhigung und der Ausschaltung von Krisensymptomen dient, sondern Voraussetzung der nichtmedikamentösen therapeutischen Bemühungen (Gespräche, Integrierung in Gruppen und andere Massnahmen der Sozialisierung, Schaffung von Realitätsbezug durch praktische Beschäftigung usw.) darstellt (dazu auch oben Ziff. VI/4). Wenn Therapieerfolge eintreten, lassen sich diese nicht aufteilen in medikamentöse und nichtmedikamentöse Einflussfaktoren, sondern sind das Ergebnis des Zusammenwirkens. Im Ergebnis ist wohl die vom Bundesgericht getroffene Annahme zutreffend, dass den Psychopharmaka nicht im eigentlichen Sinne Heilwirkung zukommt, diese keine Kausaltherapie darstellen und in diesem Sinne bloss palliativ (symptomunterdrückend) wirken. Sie sind aber oft genug Voraussetzung der nichtmedikamentösen Therapiebemühungen und führen mit diesem zusammen möglicherweise zu Erfolgen. Sodann vermindern sie entscheidend die Gefahr des Fortschreitens der Krankheit zu Verfall in Demenz in oben beschriebenem Sinn.

Für die praktische Handhabung der Psychopharmaka ist wohl festzustellen, dass an sich indizierte Medikamentierungsmassnahme infolge des Widerstandes des Patienten häufig unterbleibt, weil eine Kosten-Nutzen-Rechnung den Arzt annehmen lässt, dass der mit Gewaltanwendung verbundene Nachteil des Verlusts des Vertrauens seitens des Patienten therapeutisch schwerer wiegt als die Vorteile der Medikamentierung. Offenkundig ist schliesslich auch, dass externe Faktoren (Kontrolle des Kranken, dessen Lebensverhältnisse und familiäres Umfeld, verfügbare therapeutische Möglichkeiten usw.) bei der Entscheidung zu berücksichtigen sind.

VIII. Die Peinlichkeit der bundesgerichtlichen Übernahme antipsychiatrischer Positionen

1. Ausgangspunkt

Dass die oben geschilderte frühere Situation heute von Grund auf gewandelt ist und Abläufe der genannten Art schon fast zur Ausnahme geworden sind, muss dem Einsatz der jetzt verfügbaren Psychopharmaka zuge-

schrieben werden. Die neuen Behandlungsmethoden und die von der modernen Psychiatrie erreichten Erfolge, welche insbesondere die Zahl der permanent zu internierenden gänzlich Dementen wie auch die Zahl der Suizide herabgesetzt hat und für eine Grosszahl der Erkrankten ein Leben ausserhalb von Anstalten möglich macht, erfüllen jeden, der etwas nähere Kenntnis der Verhältnisse hat, mit Dankbarkeit. Vor diesem Hintergrund ist die generalisierende Anschwärzung heutiger weltweit herrschender Heilmethoden in hiesiger juristischer Literatur⁴⁷ und durch die I. öffentlichrechtliche Abteilung eine Peinlichkeit.

Im Berner Entscheid wird zu den *in casu* getroffenen Massnahmen, insbesondere der Verabreichung von Psychopharmaka, ausgeführt: Diese «stellen aufgrund der damit verbundenen starken Veränderungen des geistigen und körperlichen Zustandes schwere Eingriffe in seine persönliche Freiheit dar» (S. 116 unten). Noch weiter holt der Basler Entscheid aus: «Die gegenüber dem Beschwerdeführer verordnete medikamentöse Zwangsbehandlung stellt einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit dar und berührt ihn in seiner Menschenwürde. Die Psychopharmaka haben – und bezwecken – tief greifende Auswirkungen auf den körperlichen und geistigen Zustand, beabsichtigen als Heilbehandlung Bewusstseinsveränderungen und beeinflussen die Beurteilungsfähigkeit und Freiheit, eine gewisse tatsächliche Begebenheit eigenverantwortlich zu würdigen und danach zu handeln; ferner zeitigen die Psychopharmaka auch unterschiedlich bewertete Nebenwirkungen... Schliesslich wird die Menschenwürde durch den Umstand, dass die Medikation entgegen dem Willen des Beschwerdeführers durchgeführt wird und daher das Gefühl der Fremdbestimmung und des Ausgeliefertseins hinterlässt, zentral betroffen.» (E. 5 lit. g).

Der Habitus derartiger Formulierungen übernimmt in erschreckendem Mass die sektiererische Sicht der die Beschwerden tragenden antipsychiatrischen Kreise. Sie lassen Verständnis vermissen gleichermaßen für die traurigen inneren Zustände, in denen sich die zu therapierenden Kranken befinden, deren oft alle Vorstellungen sprengende Verwirrung⁴⁸ wie auch die

47 Apodiktisch wird die Nachteiligkeit der Psychopharmaka im Allgemeinen und insbesondere der sog. Neuroleptika in verschiedenen Publikationen medizinischer Laien geschildert. In dieser Richtung etwa ALAIN JOSET, Zwangsmedikation im Rahmen der fürsorglichen Freiheitsentziehung, in AJP 2000, 1424 ff., bes. 1427 f., der sich auf Sekundärliteratur stützt, die bei ihm abundant nachgewiesen wird, hier aber nicht aufzuführen ist.

48 Zwei Tage vor dem Hinweis auf den Basler Entscheid erschien in der NZZ folgende Kurzmeldung: «*Psychisch Kranker wütet in Horw*. Ein akut psychisch erkrankter Mann hat ... in Horw gewütet. Der 44-jährige Mann demolierte seine Wohnungseinrichtung und beschädigte mehrere Autos. Er ging nackt durchs Dorf und zer-

Langzeitfolgen, die drohen, wenn nicht jeder einzelne Krankheitsschub so gut als möglich unter Kontrolle gehalten wird. Die Unhaltbarkeit der Position, dass der Patient eine Freiheit besitze, welche man entziehen könnte oder die zu schützen sei, braucht hier nicht erneut dargelegt zu werden. Darüber geht aber weit hinaus die im Basler Entscheid vorgetragene, oben zitierte Behauptung, dass es die Therapie sei, welche «die Beurteilungsfähigkeit und Freiheit, eine gewisse tatsächliche Begebenheit eigenverantwortlich zu würdigen und danach zu handeln» in Frage stelle. Der Leser möge beachten, wie hier die Dinge auf den Kopf gestellt werden: Nach dieser bisher noch nie gehörten These ist es nicht mehr die krankheitsbedingte Verwirrung des Patienten, welche eine Therapie veranlasst, sondern umgekehrt die Therapie, welche dem Patienten die «Beurteilungsmöglichkeit» und «Eigenverantwortlichkeit» nimmt: eine Position bar jeden Realitätsbezugs, die zu würdigen Höflichkeit verbietet.

Das Bundesgericht bezeichnet die in Betracht gezogene Medikamentierung mit Antipsychotika generalisierend und keineswegs eingeschränkt auf die zur Beurteilung stehenden Sachverhalte als «schwere Eingriffe in die persönliche Freiheit», welche den Patienten «in seiner Menschenwürde» berühre und «daher in schwerwiegender Weise in die persönliche Freiheit im Sinne der körperlichen geistigen Integrität» eingreife (Basler Entscheid E. 5 lit. g). Derartige sich über viele Seiten hinziehende Anrufung von Freiheit und deren Verletzung durch Medikamentierung kann nur als Referenz an die von den die Beschwerden in Szene gesetzt habenden antipsychiatrischen Kreise verstanden werden, da sie im Kontext des gegebenen Sachverhaltes keinen Sinn machen: Durch das Basler Psychiatriegesetz gezwungen wird die Urteilsfähigkeit des Patienten geprüft und dann auch verneint (E. 5 lit. b), womit die Verwirklichung der in der vom Bundesgericht geforderten gesetzlichen Grundlage enthaltenen Voraussetzung erwiesen ist, was jedes weitere Wort der Begründung zur überflüssigen Stilübung macht.

schlug im Altersheim Geschirr. Dem Abwart im Altersheim gelang es, den Mann in den Toiletten einzuschliessen. Bis am Nachmittag sind nach Angaben der Polizei rund 30 Anzeigen über einen Schadensbetrag von insgesamt rund 70 000 Franken erhoben worden.» (NZZ vom 26.4.2001 Nr. 96, S. 64). Zu beachten, dass die Vorgänge zwar spektakulär sind, keineswegs aber besonders grosse Verwirrung demonstrieren: Der Kranke beschränkt sich auf Sachbeschädigungen und greift weder sich noch andere an, sucht ordnungsgemäss eine Toilette auf, und seine Nacktheit ist Ende April wohl klimagemäss, wenn auch gesellschaftliche Konventionen missachtend, gegen die er offenkundig demonstrieren will. Andere Krankheitsausbrüche (und gewiss die hier prozessgegenständlichen) verheeren den mentalen Zustand tiefgreifender als der in Horw beschriebene.

Das Bundesgericht scheut nicht nur nicht von generalisierender Verketzerung der modernen Antipsychotika zurück, sondern übertrifft jedenfalls im Basler Entscheid argumentativ die Beschwerde führenden Anwälte: Es wird eine Verletzung der Menschenwürde des Patienten in Betracht gezogen, damit die Forderung erhoben, dass ärztliche Therapie nicht bloss Erfolg versprechend, sondern darüber hinaus würdewahrend sein müsse, was ganz allgemein, aber jedenfalls in vorliegenden Zusammenhängen recht seltsam erscheint⁴⁹. Damit könnte man noch leben; schwieriger wird es aber, wenn der Basler Entscheid den in der Beschwerde nicht angerufenen UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte bezieht und dessen Art. 4 zitiert, dem zufolge verboten sind «Folter und grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung und Strafe». Ein schwacher Trost, dass ein Verstoss gegen diese Regel erwartungsgemäss verneint wird; die Fragestellung als solche ist ungeheuerlich genug. Der Schreibende muss gestehen, dass er, Derartiges lesend, allerdings weniger von Sorge um das Ansehen des Berufsstandes der Psychiater erfüllt wird als von solcher um die «Würde» jener Abteilung unseres höchsten Gerichtes, die es für angemessen hält, derartige Fragen zu stellen.

IX. Kein Anlass zur Schaffung gesetzlicher Grundlagen

Der vom Bundesgericht mit Persistenz erhobene Ruf nach Schaffung «gesetzlicher Grundlagen» ist von der Sache her verfehlt und steht in Widerspruch zur gegebenen Normlage, was hier zusammenfassend und im Überblick festgehalten sei:

- Der Ruf nach kantonaler Gesetzgebung wird allein als Formalforderung präsentiert ohne jeden inhaltlichen, d.h. die Freiheitsrechte gewährleistenden, Bezug. Da auf ärztliche Behandlung schlechthin ausgerichtet und daher zuallererst den Normalfall der Behandlung normaler, d.h. urteilsfähiger Patienten betreffend, werden die Kantone indirekt (d.h. durch stillschweigendes Deklarieren eines verfassungsrechtlichen *nil obstat*) ermächtigt, eine bis heute grundsätzlich

⁴⁹ Bedenkt man den in Fn. 48 genannten Sachverhalt, der stellvertretend für alle krisenhaften Krankheitsausbrüche stehen kann, würde man eigentlich sagen müssen, dass Medikation darauf ausgerichtet sei, dem Patienten zum Wiedererlangen verlorener Würde zu verhelfen. – Das Streben nach Würde, früher wohl ausgeprägter als heute, ist rational schwer zu fassen. Bespuckt ein Bürger einen anderen: Wer büsst Würde ein, der Spuckende oder der Bespuckte, beide oder keiner? Die Schwierigkeit der Antwort zeigt die Sinn- und Inhaltslosigkeit der Vorstellung, die leider heute sogar im Vokabular der neuen Bundesverfassung figuriert.

- unstreitige und keiner Normierung bedürftige Rechtslage (totale Freiheit des Patienten, da keine Therapie ohne dessen Einwilligung) in Frage zu stellen (dazu oben Ziff. IV/1 lit. c, d, und Ziff. 2).
- Die Behauptung, dass es an gesetzlichen Grundlagen zur Behandlung fehle, ist hinsichtlich urteilsfähiger Patienten wie gesehen ein Ärgernis, hinsichtlich urteilsunfähiger falsch: Es besteht bei gegebenen Voraussetzungen nicht bloss eine Rechtfertigung, sondern eine Pflicht zur Behandlung, deren Verletzung mit Strafsanktion bis zu fünf Jahren Zuchthaus bedroht ist (StGB Art. 127; dazu oben Ziff. V/2, bes. lit. c/dd), dies ganz unabhängig davon, ob man die Behandlung mit dem Bundesgericht als hoheitliche oder aber richtigerweise als nicht hoheitliche versteht.
 - Die zu erlassende kantonale Gesetzgebung könnte nur für die öffentlichen Krankenhäuser, nicht aber für Privatkliniken und Privatärzte gelten; es würden somit andere Regeln für die Rechtsbeziehungen zwischen Patient und Arzt massgeblich, je nachdem in öffentlichen Kliniken⁵⁰ oder in Privatkliniken therapiert wird: Eine für das Publikum nicht zumutbare Rechtsungewissheit und sachlich durch nichts zu rechtfertigende Rechtsungleichheit (dazu oben Ziff. III/2 lit. a und Fn. 13).
 - Zum Legiferieren zur Beziehung Arzt-Patient fehlt den Kantonen die Gesetzgebungskompetenz, da dieser Problembereich abschliessend vom Bundesprivatrecht geregelt ist und ein Vorbehalt zugunsten der Kantone nicht besteht (ZGB Art. 5 Abs. 1; OR Art. 61 Abs. 2; dazu obige Zif. III/2).
 - Die in sich widersprüchliche, beim Fortdenken sich selbst *ad absurdum* führende Denkweise des hohen Gerichts wird offenkundig, wenn man sich entschliesst, im Grundsätzlichen Stellung zu beziehen: Ist die einem «ausser sich geratenen» Kranken unter dessen Widerstreben applizierte Medikation etwas Gutes oder aber etwas Böses? Wenn man mit dem Gericht das Letztere annimmt und das gewaltsame Therapieren strampelnder Geistesgestörter als ein Übel betrachtet, das nicht durch die gegebene Situation gerechtfertigt wird, sondern in die Nähe der Folter gerückt zu werden verdient (Basler Entscheid E. 5 lit. e), dann muss derartiges Übel überhaupt verhindert und strikte untersagt werden. Das ist nun aber gerade nicht die Position des hohen Gerichts: Dieses fordert eine gesetzliche Grundlage und findet sich,

50 Die Behandlung von «Privatpatienten» eines bestimmten Arztes in öffentlichen Kliniken wären wohl von den für «hoheitliches Tun», d.h. für die übrigen Patienten, geltenden gesetzlichen Regeln ausgenommen.

wenn eine solche besteht, mit dem Übel (der folterverdächtigen Plagerie) ab. Eine Haltung, die den auf die Verfassung vertrauenden Bürger erschüttert, denn dieser möchte hoffen können, dass ihn die Bundesverfassung vor derartiger kantonaler Gesetzgebung schütze: Ein Übel wird für jeden Unbefangenen nicht gebessert oder gar gerechtfertigt, wenn ein Gesetz es anordnet, sondern es wird mit dem Gesetz erst recht schlimm. Das Rezept der «Heilung von Übelständen durch Schaffung gesetzlicher Grundlagen» darf nicht zu geltender Rechtsregel werden: Zu solcher erhoben müsste sie unerträgliche Assoziationen an weit zurückliegende Jahrhunderte wecken.

X. Schlussbemerkungen

1. Ahnungslosigkeit?

In den beiden Entscheidungen (die ihre hier nicht einbezogenen Vorläufer besitzen) schiebt das Bundesgericht so gut wie alle massgeblichen rechtlichen Grundsätze beiseite: Höchstwahrscheinlich fehlt es bereits an den Prozessvoraussetzungen der Prozessfähigkeit der Beschwerdeführer und der Vollmacht der Prozessvertreter, gewiss aber fehlt die Zuständigkeit des Gerichts, weil Verfassungsrecht nicht anwendbar ist, und haltlos, d.h., in Widerspruch zu positivem Gesetzesrecht stehend ist das an die Kantone gerichtete Gebot der «Schaffung gesetzlicher Grundlagen» für die Behandlung Urteilsunfähiger. Dazu kommt das Verkennen der Bedeutung der Urteilsfähigkeit der Betroffenen, ein Aspekt, der auf Verfassungsebene nicht weniger Beachtung fordert als im privatrechtlichen Vertrags- oder Deliktsrecht.

Auch wenn zu akzeptieren ist, dass andere Auffassungen vertreten werden mögen (hinsichtlich der Prozessfähigkeit oder Gültigkeit der Anwaltsvollmacht, die ohne Kenntnis der Akten nicht abschliessend zu beurteilen ist, oder schliesslich sogar in der Frage des anwendbaren Rechts), und wenn wir, an unser höchstes Gericht denkend, uns gewiss der alten Regel besinnen «*la raison du plus fort est toujours la meilleure*», so bleibt immer noch die Frage: Wo ist hier die *raison*? Keiner der hier genannten Aspekte wird vom hohen Gericht auch nur mit einem einzigen Wort erwähnt, geschweige denn die von ihm bezogene Position begründet. Auch derjenige, der den Auffassungen des Schreibenden nicht zustimmen mag, wird nicht zu bestreiten wagen, dass hier ein *raisonnement* gegeben werden müsste und Argumentationsbedarf besteht: *Prima vista* fehlen sämtliche Prozessvoraussetzungen, und die Annahme, dass Art. 61 Abs. 2 OR seinem Wortlaut nach auch für den Betrieb von Krankenhäusern gilt, kantonales öffentliches Recht daher unbeachtlich bleibt und allein Bundesprivatrecht anzuwenden ist,

stellt die nahe liegendste und von der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vertretene Lesart des Gesetzes dar, die, wenn nicht übernommen, sehr tragfähiger Gegenargumente bedürfte. Schwierig, das in allen entscheidenden Punkten geübte argumentative Schweigen der im Übrigen keineswegs wortkargen Entscheide zu erklären. Dürfen wir an solch allumfassende Ahnungslosigkeit des hohen Gerichts glauben? Oder liegt hinter dem Schweigen die erprobte Taktik, jene Fragen mit Stillschweigen zu übergehen, bei denen zur Begründung des gewünschten Resultats keine überzeugenden Argumente verfügbar sind? Die Frage stellt sich unausweichlich, kann aber allen von den Akteuren beantwortet werden.

2. Nicht Juristen, nur Ärzte können den Kranken helfen

Wenn wir an die zivilisatorischen Fortschritte der vergangenen zwei Jahrhunderte denken, gehören jene der Medizin gewiss zu den eindrucklichsten und die *condition humaine* mehr als alle übrigen verbessernd, während in unserem Fach das Wort Fortschritt schon von Natur aus nicht am Platze ist. Die Psychiatrie hat in der heutigen Gesellschaft ihre grosse, segensreiche Bedeutung, dies gleichermassen auf Grund der erzielten Erfolge wie der grossen Zahl der von Krankheit Betroffenen⁵¹. Die Funktion der Juristen ist in diesem Bild nicht erkennbar⁵². Sie bleibt auf unerquickliche Nebenaspekte wie jene der Arzthaftung⁵³ ausgegrenzt, und Juristen, welche mit ihren Regeln den Stand ärztlicher Behandlung heben wollen, riskieren, *brutta figura* zu machen.

Die I. öffentlichrechtliche Abteilung weigert sich beharrlich, das sonst allgemein anerkannte Faktum zu akzeptieren, dass Menschen, obwohl nach wie vor *in forma humani generis* erscheinend und sich menschlicher Laute

51 Auf's Ganze geblickt wird man sagen müssen, dass im Interesse der Kranken und Krankheitsgefährdeten die Anwendung der modernen Antipsychotika gegenüber dem heutigen Stand grösser sein müsste: Erkrankende können meist bloss zu spät ärztlicher Behandlung zugeführt werden, Medikation scheitert am zu respektierenden Widerstand des urteilsfähigen Erkrankenden, im Falle der Verschlimmerung kommt es meist wesentlich zu spät zu einem FFE, der erst eine konsequente Therapie möglich macht usw.

52 Vgl. oben Fn. 6.

53 Vorab in den USA werden die Nachteile übertriebener Arzthaftung deutlich genug sichtbar; in der Schweiz hält sich die Praxis noch in vertretbarem Rahmen, kann sich indessen nicht ganz von gefährlichen Wegen fernhalten (wie ihn z.B. die Verlagerung der Haftung weg von der nicht beweisbaren Fehlbehandlung zu unterlassener Aufklärung darstellt).

bedienend und sogar einzelne vernünftige Sätze äussernd, in ihrem Geiste in so hohem Masse gestört sind, dass sie weder die Welt noch ihren eigenen Platz in ihr verstehen können (womit sie ein Verständnis vermissen, das selbst Tiere haben), sodass sie der Fürsorge von aussen bedürften, einer Fürsorge, die oft genug das Durchkreuzen der Willensregungen der Kranken fordert.

Ärztliche Entscheidungen in ein rechtsstaatliches Verfahren einbinden zu wollen kann nicht gut enden, auch nicht in vorliegendem Zusammenhang: Die Verantwortung in die Hände von Juristen legen zu wollen, die ohne Sachkompetenz und gestützt auf von Fachleuten für Laien präparierte Dokumente zu entscheiden hätten und dies niemals in der Entscheidung selber, sondern erst im Nachhinein, ist eine Grotteske⁵⁴. Das vom Bundesgericht gegenüber diesem Berufsstand der Psychiater demonstrierte Misstrauen geht in die falsche Richtung. Auch wenn man, wie der Schreibende, zu kritischen Vorbehalten gegenüber den Ärzten aller Richtungen neigt⁵⁵ und hier, zur Verdeutlichung der Situation, sich einen unwürdigen Vertreter der Psychiatrie vorstellt, wird dessen Schwäche nicht darin liegen, dass er ohne gebieterische Not widerstrebende Patienten Behandlungszwängen unterwirft. Die Sorge aller Leute, welche kranke Angehörige in den Händen von Psychiatern wissen, geht genau in die entgegengesetzte Richtung: Sie befürchten neben ungenügender Sachkompetenz und fehlendem Einfühlungsvermögen mehr als alles den ungenügenden Einsatz des Therapeuten, dessen Neigung, Schwierigkeiten aus dem Weg zu gehen, bei der Medikamentierung ausgetretenen Pfaden zu folgen oder deren Durchführung nicht hinreichend durchzusetzen⁵⁶. Mit diesem Hinweis soll gezeigt

54 Festzuhalten bleibt, dass Grundsatzentscheidungen nicht zulässig sind, sondern jegliche Entscheidung unter dem Vorbehalt veränderter Umstände ergehen muss, wie sie von Tag zu Tag, ja von Stunde zu Stunde sich neu ergeben können. Sodann hat der Jurist anzuerkennen, dass die Wahl der zu verfolgenden Therapie niemals allein gestützt auf einhellig anerkannte medizinisch-wissenschaftliche Einsichten getroffen werden kann, vielmehr von der persönlichen Erfahrung des Therapeuten und dessen gefühlsmässiger Einschätzung der gegebenen Situation abhängt und abhängen muss, dieses Element der Ungewissheit indessen niemals ein Grund zum Verzicht auf Therapie sein kann. Die Spannweite der sich im Einzelfall nach anerkannten psychiatrischen Regeln anbietenden therapeutischen Varianten ist gross und ebenso gross das Ermessen und die damit verbundene Verantwortung der zur Entscheidung berufenen Ärzte. Dies zu leugnen ist unrealistisch, den Ermessenspielraum der Psychiater einzuengen unmöglich.

55 Vgl. oben Fn. 44.

56 Angefügt werden kann die nicht selten zu beobachtende Nachlässigkeit, bei Nichtrückkehr in die Anstalt («Entweichen») nichts zu unternehmen, den möglicherweise für sich und andere gefährlichen Patienten wieder in die Anstalt zurückzubringen. Vom Schreibenden wurde auch festgestellt, dass ein Patient, ohne dies zu wünschen und mit wenig überzeugender Begründung aus der Klinik entlassen und auf die Strasse gestellt wurde.

werden, dass der Berufsstand der Psychiater, selbst wenn man von einem hier bewusst überzeichneten Negativbild ausgeht, niemals dazu neigt, die vom Bundesgericht befürchtete Übertherapierung zu üben. Die von ihm behaupteten verfassungsrechtlichen Bremsen psychiatrischer Therapie sind auf ein imaginäres, nicht aber auf ein reales Problem ausgerichtet: Das Gericht *is barking up the wrong tree*, wie der Engländer sagen würde.

3. Zum Schluss die verfassungsrechtlichen Sorgen

Wir haben begonnen mit den Kranken, deren angemessene Verarztung durch die von Seiten der Verfassungsrechtler aufgebauten Schwierigkeiten gefährdet schien. Im Lauf der Untersuchung hat sich herausgestellt, dass im psychiatrischen Alltag die von Seiten antipsychiatrischer Kreise geschaffenen Schwierigkeiten geringere Bedeutung haben, daher der durch die Praxis der I. öffentlichrechtlichen Abteilung für die verantwortlichen Ärzte geschaffene *nuisance value* zwar besteht, sich indessen in Grenzen hält (dazu Fn. 7). Grösser dagegen geworden ist die Sorge um das schweizerische Verfassungsrecht, demonstriert doch das Gericht mit seiner Forderung nach «gesetzlicher Grundlage» zwar seinen Respekt vor der Forderung nach Rechtsstaatlichkeit, gleichzeitig aber sein Desinteresse am Inhalt der zu erlassenden Gesetzgebung: In beiden Entscheiden wird die «Zwangsmedikation» als ein Übel ersten Ranges dargestellt, im gleichen Atemzug aber erklärt, dass durch einen Federstrich des kantonalen Gesetzgebers das Übel zum Guten gewendet und gerechtfertigt werde, während mit keinem Wort ein Hinweis auf inhaltliche Schranken angefügt wird (was, wie in Fn. 24; Ziff. IV/1 lit. c, d und Ziff. IX gezeigt, als eine Einladung an die Kantone gelesen werden kann, die ärztliche Behandlung ganz allgemein, d.h. insbesondere auch für den Normalfall der Behandlung urteilsfähiger Patienten, hoheitlich zu normieren). Der Bürger hat den in der früheren Verfassung gewährten absoluten Schutz gegenüber kantonalrechtlichen Beeinträchtigungen der persönlichen Freiheit verloren. Die die neue Verfassung anwendende I. öffentlichrechtliche Abteilung misst den in Art. 36 BV gegenüber «Einschränkungen von Grundrechten» aufgestellten, sich in allgemeinen Formeln erschöpfenden Schranken keinerlei Gewicht bei, und dies in einem Punkt, der so sehr wie kaum ein anderer den Bürger unmittelbar in seiner Person betrifft.

All das erweckt Sorge. Die Verfassung geht jedermann an, und die hier sichtbar gemachten Fragen sind von grundsätzlicher Bedeutung. Nach allem kann die Auseinandersetzung nicht allein den Verfassungsrechtlern überlassen bleiben.