

Bundesamt für Justiz  
Frau Debora Gianinazzi  
Bundesrain 20  
CH-3003 Bern

per E-Mail

Bern, 8. Mai 2023

## **Stellungnahme: Anpassung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts (KESR)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken für die Möglichkeit, zur Anpassung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts (KESR) Stellung nehmen zu können.

### **I. Grundsätzliche Einschätzung**

Aus medizinischer und medizin-ethischer Perspektive ist die vorgeschlagene Revision **grundsätzlich zu begrüßen**, weil sie Verbesserungen im zentralen Bereich des Gesetzes bringt, der Achtung des Selbstbestimmungsrechtes betroffener Personen. Dabei werden insbesondere die folgenden Anpassungen positive Auswirkungen auf die Praxis haben:

- (1)** Die schweizweit von den Kantonen bereitzustellende Möglichkeit zur Hinterlegung eines Vorsorgeauftrages in einer Amtsstelle [Art. 361a (Aufbewahrung) und Art. 363 Abs. 1 ZGB]. Noch wichtiger ist die erweiterte Abklärungspflicht der Erwachsenenschutzbehörde, weil Vorsorgeaufträge ja auch handschriftlich verfasst werden dürfen und dann keine Urkundsperson vorhanden ist, die auf die Hinterlegungsmöglichkeit hinweisen kann.
- (2)** Der deutlich stärkere Einbezug «nahestehender Personen» einschliesslich der neu ins Gesetz aufgenommenen Legaldefinition dieses Begriffes und der erweiterten Rechte bzw. des erweiterten Einbezugs bei Beistandschaften.
- (3)** Die schweizweit einheitliche, ebenfalls von den Kantonen sicherzustellende Erfassung von Daten über den Vollzug des KESR (neu Art. 441a). Das Fehlen einer validen landesweiten Datengrundlage ist seit Inkrafttreten des KESR 2013 ein markantes Forschungshindernis, etwa im besonders heiklen Bereich medizinischer Zwangsmassnahmen.

### **II. Hinweis bezüglich der anstehenden Revision der Bestimmungen zur «Fürsorgerischen Unterbringung» und «Behandlung ohne Zustimmung»**

Bezüglich der «Fürsorgerischen Unterbringung» und der «Behandlung ohne Zustimmung» besteht aus medizin-ethischer wie juristischer Sicht erheblicher Diskussions- und Anpassungsbedarf. Die Revision der entsprechenden Teile des KESR wird gerade erarbeitet, ist aber *nicht* Gegenstand des jetzigen Revisionsschrittes. Aus Sicht der SAMW sollte sie zügig abgeschlossen werden. Die SAMW wird sich gerne auch an der diesbezüglich zu erwartenden

Vernehmlassung beteiligen, **verzichtet** im jetzigen Kontext aber auf eine detaillierte Auflistung der problematischen Punkte.

### III. Bemerkungen zum jetzigen ReVISIONSSchritt

In der hier gegenständlichen «kleinen Revision» geben folgende Bestimmungen aus juristischer und medizin-ethischer Sicht Anlass zu **Bemerkungen**:

(1) Dass die **Melderechte und Meldepflichten**, die bisher in einer gemeinsamen Norm von Art. 443 ZGB geregelt wurden, nun in zwei Normen deutlich auseinandergehalten werden, ist eine willkommene Verdeutlichung.

**Melderecht:** Aus medizin-ethischer Sicht ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass Art. 443 Abs. 2 ZGB dem Kindesschutzrecht angeglichen wurde und eine Meldung durch einen Berufsgeheimnisträger (Arzt, Ärztin) neu immer dann (und ohne Erfordernis, eine Entbindung vom Berufsgeheimnis einzuholen) zulässig ist, wenn die Meldung im Interesse einer hilfsbedürftigen urteilsunfähigen Person liegt. Ob dies im Einzelfall zu einem Vertrauensverlust führen kann, indem eine Person keine ärztliche Hilfe mehr in Anspruch nimmt aus Angst, es erfolge eine Meldung, muss offenbleiben und stellt aus medizin-ethischer Sicht ein Problem dar.

Daher ist diese Neuregelung nicht ohne Nachteile und sollte nochmals gründlich durchdacht werden. Dass die Neuregelung, wie die Botschaft erwähnt (S. 65 zu Art. 443 ZGB), nur urteilsunfähige Personen betrifft, ändert an dieser Problematik nichts, denn der Begriff der Urteilsfähigkeit ist relativ: Wer nicht urteilsfähig ist bezüglich seiner Hilfsbedürftigkeit, ist womöglich sehr wohl in der Lage zu erwägen, dass er wegen gesundheitlicher Beschwerden nicht ärztliche Hilfe in Anspruch nehmen möchte, weil er eine unerwünschte Intervention (bis hin zu einer Unterbringung in einem Heim) befürchtet. Das kann zu einer Unterversorgung einer besonders vulnerablen Personengruppe führen. Die fehlende Notwendigkeit, eine Entbindung vom Arztgeheimnis einzuholen, hat überdies aus ärztlicher Sicht die unerwünschte Konsequenz, dass die Verantwortung für den Entscheid über die Meldung vollständig auf den Arzt/die Ärztin überwältzt wird, während sie bisher bei der Aufsichtsbehörde (entbindende Behörde) lag.

**Meldepflicht:** Die erweiterten Meldepflichten in Art. 443a ZGB sind aus medizin-ethischer Sicht zum vornherein problematisch. Es ist zwar zu begrüssen, dass das Thema Missbrauch von erwachsenen vulnerablen Menschen in der Gesetzesrevision in den Fokus gelangt, denn tatsächlich liegt hier ein erhebliches praktisches Problem. Die Umsetzung scheint allerdings nicht gelungen. Für Personen in amtlicher Stellung ändert sich zwar nichts, diese waren schon bisher meldepflichtig. Hingegen sind neu meldepflichtig «Fachpersonen aus den Bereichen der Personensorge (...), die beruflich regelmässig Kontakt zu hilfsbedürftigen Personen haben». Davon ausgenommen sind die Berufsgeheimnisträger nach Art. 321 StGB. Das bedeutet umgekehrt, dass alle mit der Personensorge betrauten Personen, die nicht Berufsgeheimnisträger sind, nicht nur ein Melderecht haben, sondern zur Meldung verpflichtet sind, auch wenn sie etwa aus Gründen der Wahrung des Vertrauensverhältnisses keine Meldung erstatten möchten.

Die Norm birgt zudem Raum für zahlreiche Abgrenzungsschwierigkeiten: Ist die Spitex-Mitarbeiterin eine «Pflegefachperson» (i.S. von Art. 321 StGB), so besteht keine Meldepflicht, sondern nur ein Melderecht (nach dem neuen Art. 443 Abs. 2 ZGB). Ist sie hingegen eine Mitarbeiterin ohne die entsprechende, in Art. 321 StGB explizit genannte fachliche Qualifikation (z.B. Mitarbeiterin im Mahlzeitendienst oder eine nicht als Gesundheitsfachperson ausgebildete Person in der ambulanten Seniorenbetreuung; die Beispiele liessen sich beliebig vermehren), dann ist sie zur Meldung verpflichtet. Das ist eine Unterscheidung, die sich aus sachlichen Gründen nicht rechtfertigen lässt und die das Risiko birgt, dass Betroffene solche Unterstützungsangebote (in der Botschaft wird explizit auf Mitarbeitende von curaviva, pro senectute usw. hingewiesen, S. 67 oben) womöglich nicht mehr in Anspruch nehmen.

Unbefriedigend ist auch die (aus dem bisherigen Recht übernommene) Bestimmung (neu in Art. 443a Abs. 3 ZGB untergebracht), wonach die Kantone weitere Meldepflichten vorsehen können. Nachdem nunmehr das Melderecht für Berufsheimnisträger stark erweitert werden soll und gar neue Meldepflichten für Mitarbeitende in der Personensorge eingeführt werden, rechtfertigt es sich nicht, dass die Kantone zusätzliche Meldepflichten – faktisch betrifft dies dann primär Berufsheimnisträger, insbesondere Ärztinnen und Ärzte – einführen können. Es gibt keinen einleuchtenden Grund, weshalb die Meldepflichten mit Bezug auf hilfsbedürftige Erwachsene nicht schweizweit einheitlich sein sollten. Die Umarbeitung der Melderechte und -pflichten sollte daher Anlass geben, diese Bestimmung ersatzlos zu streichen.

Das **Mitwirkungsrecht** von Berufsheimnisträgern in einem bereits laufenden Verfahren wurde in Art. 448 Abs. 1bis ZGB neu eingeführt. Das ist, ähnlich wie das neue Melderecht des Berufsheimnisträgers, aus medizin-ethischer Sicht ambivalent: Es kann das Verfahren erleichtern und beschleunigen, weil der Berufsheimnisträger nicht um Entbindung vom Berufsheimnis (z.B. Arztheimnis) ersuchen muss. Noch weitaus mehr als bei der Meldung wird damit aber dem Berufsheimnisträger, insbesondere dem Arzt/der Ärztin, eine enorme Verantwortung auferlegt, geht es doch nun nicht mehr nur um die Information, dass eine Person hilfsbedürftig ist, sondern um sehr konkrete Gesundheitsinformationen (z.B. Ergebnisse von kognitiven Tests, Diagnosen, Aufzeichnungen über Arzt-Patienten-Gespräche usw.), die der Behörde übermittelt werden. Die Verantwortung sollte zum Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt/Ärztin und Patient:in weiterhin nicht beim Berufsheimnisträger liegen, sondern bei der Stelle, die für die Entbindung zuständig ist.

Noch unbefriedigender aus medizin-ethischer Sicht ist Art. 448 Abs. 2 ZGB: Aus dem *Mitwirkungsrecht*, das dem Berufsheimnisträger wenigstens noch die Möglichkeit gibt, eigenverantwortlich abzuwägen, ob und inwieweit er mitwirken will, wird eine *Mitwirkungspflicht* auch gegen den Willen des Berufsheimnisträgers (faktisch oft: des Arztes/der Ärztin), wenn nämlich die KESB *an seiner Stelle* bei der zuständigen Behörde um Entbindung vom Geheimnis nachsucht. Diese Bestimmung wurde zwar im Zusammenhang mit der Neuregelung der Melderechte und -pflichten im Kinderschutzrecht bereits per 1. Januar 2019 eingeführt und ist insofern *nicht* Ergebnis der laufenden Revision. Sie ist und bleibt aber hoch problematisch und ist aus medizin-ethischer und ärztlicher Sicht abzulehnen.

Hält man am neu formulierten Mitwirkungsrecht (Art. 448 Abs. 1bis) fest, dann wird die entsprechende Pflicht jedenfalls aus Sicht der Ärzteschaft ganz obsolet: Berufsheimnisträger sollten gerade kraft ihrer fachlichen Kompetenz und Stellung, die Anlass für die Regelung des Berufsheimnisses in Art. 321 StGB gab, selbst in der Lage sein zu entscheiden, ob ihre Mitwirkung im Verfahren im konkreten Fall für den/die Patienten:in hilfreich ist oder – wegen des damit verbundenen Vertrauensverlusts – gerade kontraindiziert. Irritierenderweise soll gemäss dem letzten Satz von Art. 448 für Anwältinnen und Anwälte – und *nur* für diese – auch weiterhin das Berufsheimnis gelten. Weshalb gerade das Geheimnis der Anwältinnen und Anwälte wichtiger sein sollte als dasjenige von Gesundheitsfachpersonen, ist nicht nachvollziehbar.

(2) In einigen Bestimmungen wird die **Terminologie bereinigt**, so ist z.B. in Art. 368 Abs. 1 ZGB und in Art. 381 Abs. 3 ZGB nun von «Meldung» die Rede anstatt von Antrag. Das ist aus juristischer Sicht zu begrüßen (medizin-ethisch aber irrelevant).

(3) Hingegen ist relevant, dass bei dieser Bereinigung der Terminologie nicht auch eine **Unstimmigkeit in Art. 373 Abs. 1 ZGB betreffend Patientenverfügung** korrigiert wurde. Nach dieser Bestimmung kann jede «der Patientin oder dem Patienten nahestehende Person schriftlich die Erwachsenenschutzbehörde anrufen ...». Es ist nicht ersichtlich, warum hier (sonst aber nirgends bei einer Gefährdungsmeldung) die Schriftform nötig ist, das ist ein unnötiges Hindernis, das nicht im Interesse des/der Patienten/in ist, sondern diesen vielmehr potenziell gefährdet, etwa wenn eine nahestehende Person, die um ausgeübten Druck im Zusammenhang mit der Errichtung der Patientenverfügung weiss, sich nicht traut, das schriftlich zu melden.

Zu überlegen wäre zudem, in Art. 373 ZGB wie beim gesetzlichen Vertretungsrecht (Art. 381 Abs. 3 ZGB in der Fassung des Gesetzesentwurfs) explizit auch der Ärztin/dem Arzt ein Melderecht einzuräumen, wenn diese:r erkennt, dass im Zusammenhang mit einer Patientenverfügung die Interessen des/der Patienten:in gefährdet sind. Warum ärztliche Fachpersonen in der einen, nicht aber in der anderen Situation explizit als meldeberechtigt bezeichnet werden, leuchtet nicht ein.

(4) Die Anpassungen betreffend das **gesetzliche Vertretungsrecht nach Art. 374 ff. ZGB** sind aus medizin-ethischer Sicht nicht relevant, weil sie nicht medizinische Behandlungsentscheide betreffen.

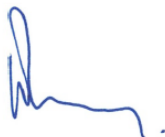
(5) Die aktuell gültige **Vertretungskaskade in Art. 378 ZGB** führt in der Praxis immer wieder zu Schwierigkeiten. Diese könnten im Rahmen der nun vorgesehenen **Erweiterung in Art. 378 ZGB** zunehmen. Eine Erweiterung darf nicht dazu führen, dass die betroffenen Gesundheitsfachpersonen zusätzliche Abklärungspflichten oder Verantwortlichkeiten haben. Grundsätzlich ist jedoch aus medizin-ethischer Sicht zu begrüßen, wenn mit dem urteilsunfähigen Patienten gut vertraute und eng verbundene Personen in den Behandlungsentscheid involviert sind.

(6) Die Klärung der **Zuständigkeiten** bei der «Fürsorgerischen Unterbringung» FU (Art. 431 Abs. 1 und 3 sowie Art. 439 Abs. 1bis ZGB) sind zu begrüßen.

(7) Auch zu den anderen **Verfahrensbestimmungen** (Art. 446 Abs. 2bis, Art. 446a) und **Bestimmungen über die Information** (Art. 449c und 451 ZGB) gibt es keine Einwände aus medizin-ethischer Sicht.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse



Prof. Henri Bounameaux  
Präsident



Valérie Clerc  
Generalsekretärin