

Universität Luzern
Rechtswissenschaftliche Fakultät

Kinderschutz in der Medizin

Elterliche und staatliche Bestimmungsrechte bei der
medizinischen Behandlung des Kindes

Dissertation von Barbara Pfister Piller

Für Giannina, Livia und Larina

Vorwort und Dank

Die vorliegende Arbeit wurde durch den Schweizerischen Nationalfonds (SNF) unterstützt.

Ein erstes Dankeschön gilt Frau Prof. Dr. Regina Aebi-Müller und Herrn Prof. Dr. Walter Fellmann, die durch ihre erfolgreiche Eingabe beim SNF die Dissertation im Rahmen eines ProDoc-Projektes ermöglicht haben.

Frau Prof. Dr. Regina Aebi-Müller hat mich während der gesamten Dissertationszeit unterstützt und mir wertvolle Anregungen zur Klärung von Forschungsfragen gegeben. Ihre Gesprächsbereitschaft sowie ihre kritische Auseinandersetzung mit der Thematik haben einen wesentlichen Beitrag zum Gelingen dieser Arbeit geleistet.

Ein spezieller Dank gilt zahlreichen Personen, die es mir ermöglicht haben, projektbezogenen Einblick in die Handlungsabläufe in Kinderspitälern, spitalinternen Kinderschutzgruppen und der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) zu erhalten. Ihre langjährigen Praxiserfahrungen und wertvollen Anregungen haben mein Projekt wesentlich weitergebracht und dazu beigetragen, die Forschungsarbeit praxisnah zu verfassen. Besonders danke ich Herrn Prof. Dr. med. Thomas Neuhaus, Chefarzt Pädiatrie Kinderspital Luzern, Herrn Dr. med. Oswald Hasselmann, Oberarzt, Neuropädiater, Ostschweizer Kinderspital St. Gallen, Herrn Dr. med. Ulrich Lips, ehem. Leiter Kinderschutzgruppe Kinderspital Zürich, Herrn Dr. med. Georg Staubli, Leiter Kinderschutzgruppe und Opferberatungsstelle Kinderspital Zürich, Herrn Dr. med. Daniel Münger, leitender Oberarzt Kinder- und Jugendpsychiatrie, Kantonsspital Aarau und Frau Dr. iur. Sara Schödler, Geschäftsführerin Staatsanwaltschaftsakademie Universität Luzern.

Ein herzliches Dankeschön gilt Maria Jakober für die überaus hilfreiche Unterstützung bei der Finalisierung des Layouts.

Ein besonders grosses Dankeschön gilt meinem Ehemann, Stephan Piller. Er hat mir während der gesamten Dissertationszeit auch in den intensivsten Phasen Rückhalt und Verständnis entgegengebracht. Ohne seine Unterstützung in der Familienarbeit wäre es nicht möglich gewesen, das Forschungsprojekt in der vorliegenden Form zu bearbeiten.

Die Dissertation wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Luzern am 28. Januar 2016 abgenommen. Literatur und Judikatur wurden bis zum 30. November 2015 berücksichtigt.

Luzern, im Januar 2016

BARBARA PFISTER PILLER

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Literaturverzeichnis	XXXI
Materialverzeichnis	LXIII
1. Teil: Einleitung und Fragestellung	1
1. Kapitel: Ausgangslage.....	1
I. Fallbeispiel aus dem Ostschweizer Kinderspital	4
II. Fallbeispiele aus dem Kinderspital Zürich	5
2. Kapitel: Hintergründe von Grenzsituationen elterlichen Handelns im pädiatrischen Alltag.....	7
I. Vernachlässigungen	8
II. Weltanschauliche, ideologische oder religiöse Einstellung	9
III. Grenzbereiche der Medizin.....	11
2. Teil: Elterliches Vertretungsrecht in medizinischen Heilbehandlungen	15
1. Kapitel: Zur Rechtsstellung der Eltern im Allgemeinen	15
I. Das Erziehungsrecht der Eltern aus verfassungs- und staatsvertraglicher Sicht	15
II. Das Erziehungsrecht der Eltern im Zivilrecht	17
2. Kapitel: Rechtsstellung der Eltern im Rahmen von medizinischen Heilbehandlungen.....	21
I. Stellvertretende Einwilligung	21
II. Abschluss des Behandlungsvertrages	38
3. Kapitel: Grenzen elterlicher Vertretungsrechte.....	48
I. Urteilsfähigkeit des Kindes.....	49
II. Kindeswohl in gesundheitlichen Fragestellungen	49
III. Grenzen elterlichen Handelns in Spezialbereichen der Medizin	60
IV. Absolut höchstpersönliche Rechte.....	83

V.	Fazit.....	85
3. Teil:	Staatliche Fürsorgepflicht	87
1. Kapitel:	Schweizerisches Kindesschutzsystem	87
I.	Kindesschutz als verfassungs- und völkerrechtlicher Auftrag	87
II.	Überblick.....	88
III.	Welche Herausforderungen stellen sich?	89
2. Kapitel:	Zivilrechtlicher Kindesschutz als staatliche Durchsetzung der Grenzen des elterlichen Sorge- und Vertretungsrechts ..	91
I.	Ausgangslage.....	91
II.	Eingriffsvoraussetzungen für das Einleiten von Kindesschutzmassnahmen.....	91
III.	Zu den einzelnen Kindesschutzmassnahmen	95
IV.	Verfahrensrechtliche Besonderheiten im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen des Kindes	119
V.	Zur Verantwortlichkeit der KESB.....	135
3. Kapitel:	Strafrechtliche Absicherung der Grenzen elterlicher Bestimmungsrechte	138
I.	Straftatbestände zum Schutz des Kindes.....	138
II.	Fazit und Ausblick.....	147
4. Kapitel:	Haftung der Eltern für erzieherisches Fehlverhalten.....	148
I.	Problemstellung.....	148
II.	Grundsatz der Elternhaftung	149
III.	Fazit.....	158
4. Teil:	Zur Rechtsstellung des Arztes im Grenzbereich elterlicher Vertretungsrechte	161
1. Kapitel:	Ärztliche Melderechte und -pflichten versus ärztliches Berufsgeheimnis.....	161
I.	Problemstellung.....	161
II.	Ärztliche Schweigepflicht und deren Einschränkungen	161
III.	Ärztliche Melderechte/-pflichten und deren Umsetzung im geltenden Recht	165
IV.	Zur vorgesehenen Revision der Melderegelungen im Kindesschutz	169

2. Kapitel: Ärztliche Sorgfaltspflicht in der Pädiatrie und Neonatologie.....	178
I. Vom Grundsatz und dessen Besonderheit	178
II. Ärztliches Behandlungsspektrum und ärztliche Sorgfaltspflicht.....	180
III. Fazit.....	184
5. Teil: Medizinische Kinderschutzarbeit in Konflikt- und schwierigen Entscheidungssituationen	187
1. Kapitel: Einleitung und Ziel der Untersuchung	187
2. Kapitel: Handlungsabläufe und Handlungsinstrumente bei indizierten Eingriffen.....	187
I. Dringliche Behandlung	188
II. Kurzfristig aufschiebbare Behandlung	190
III. Längerfristig aufschiebbare Behandlungen - Einbezug der spitalinternen Kinderschutzgruppe	193
IV. Handlungsbedarf in der medizinischen Kinderschutzarbeit	223
3. Kapitel: Ethische Fallbesprechungen zur Entscheidungsfindung ...	229
I. Anwendungsbereich.....	229
II. Formen und Bedeutung ethischer Unterstützung in der Medizin	230
III. Rechtliche Überlegungen zur ethischen Fallbesprechung	232
6. Teil: Eingriffe ohne medizinische Indikation an Minderjährigen	243
1. Kapitel: Übersicht und Fragestellung.....	243
2. Kapitel: Grenzen der Fremd- und Selbstbestimmung	244
I. Grenzen der Fremdbestimmung und absolute Höchstpersönlichkeit.....	244
II. Grenzen der Selbstbestimmung bei urteilsfähigen Minderjährigen.....	244
3. Kapitel: Ästhetische Eingriffe an Minderjährigen	248
I. Ausgangslage	248
II. Begriffsbeschreibung und Charakterisierung	249
III. Zahlen und Fakten.....	249
IV. Rechtliche Rahmenbedingungen in Deutschland und Österreich.....	251
V. Die Rechtslage in der Schweiz	254

4. Kapitel: Geschlechtszuweisende Operationen an Kindern	269
I. Einführung in das Thema und Fragestellung	269
II. Varianten der Geschlechtsentwicklung und medizinische Behandlungsmöglichkeiten	271
III. Rechtslage im Überblick	275
IV. Mögliche Massnahmen zum Schutz des Kindes	286
V. Fazit.....	292
7. Teil: Zusammenfassende Thesen	295
Sachregister	307

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Literaturverzeichnis	XXXI
Materialverzeichnis	LXIII
1. Teil: Einleitung und Fragestellung	1
1. Kapitel: Ausgangslage.....	1
I. Fallbeispiel aus dem Ostschweizer Kinderspital	4
II. Fallbeispiele aus dem Kinderspital Zürich	5
1. Leukämie.....	5
2. Schwerer Herzfehler	6
3. Maximale Therapie (Reanimations-Vorbesprechung).....	7
2. Kapitel: Hintergründe von Grenzsituationen elterlichen Handelns im pädiatrischen Alltag.....	7
I. Vernachlässigungen	8
II. Weltanschauliche, ideologische oder religiöse Einstellung	9
III. Grenzbereiche der Medizin.....	11
2. Teil: Elterliches Vertretungsrecht in medizinischen Heilbehandlungen	15
1. Kapitel: Zur Rechtsstellung der Eltern im Allgemeinen	15
I. Das Erziehungsrecht der Eltern aus verfassungs- und staatsvertraglicher Sicht	15
II. Das Erziehungsrecht der Eltern im Zivilrecht	17
1. Die elterliche Sorge.....	17
2. Kindeswohl als Leitlinie	18
2. Kapitel: Rechtsstellung der Eltern im Rahmen von medizinischen Heilbehandlungen.....	21
I. Stellvertretende Einwilligung	21
1. Selbst- und Fremdbestimmung in medizinischen Angelegenheiten..	21
A) Rechtfertigende Einwilligung.....	21
B) Dringliche Fälle	21
C) Höchstpersönliche Rechte	23
D) Zur Urteilsfähigkeit und deren Komponenten.....	25

E) Zum Masstab der Urteilsfähigkeit mit Bezug auf minderjährige Patienten	27
2. Stellvertretende Einwilligung eines Elternteils	31
A) Bei gemeinsamer elterlicher Sorge	31
B) Alleinige elterliche Sorge eines Elternteils.....	33
a) Benachrichtigung und Anhörung	33
b) Auskunft und Information durch den Arzt.....	34
3. Veto- und Partizipationsrechte urteilsunfähiger Minderjähriger	35
II. Abschluss des Behandlungsvertrages.....	38
1. Ausgangslage	38
2. Vertragsabschluss durch die Eltern	38
A) Abgrenzung Stellvertretung/Vertrag zugunsten Dritter.....	38
B) Fazit	41
3. Vertragsabschluss durch urteilsfähige Minderjährige.....	41
A) Erlangung unentgeltlicher Vorteile/geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens.....	41
B) Ausübung höchstpersönlicher Rechte.....	44
C) Gesetzliche Sondervorschriften mit Ermächtigungscharakter....	47
D) Fazit	48
3. Kapitel: Grenzen elterlicher Vertretungsrechte.....	48
I. Urteilsfähigkeit des Kindes	49
II. Kindeswohl in gesundheitlichen Fragestellungen.....	49
1. Medizinische Indikation als Orientierung	49
2. Kindeswohl und Entscheidungsfindung in Grenzbereichen der Medizin.....	51
A) Ausgangslage	51
B) Eltern als Entscheidungsträger?.....	51
C) Ärzte/Neonatology als Entscheidungsträger.....	53
D) Konsensuale Entscheidungsfindung in medizinisch-ethischen Richtlinien.....	54
a) Ausgangslage.....	54
b) Soft law zur Konkretisierung staatlichen Rechts?.....	54
c) Intensivmedizinische Massnahmen (medizin-ethische Richtlinie und Empfehlung der SAMW).....	56
d) Perinatale Betreuung an der Grenze der Lebensfähigkeit bei Frühgeborenen.....	57
e) Schlussfolgerungen	59
III. Grenzen elterlichen Handelns in Spezialbereichen der Medizin.....	60
1. «off-label-use»	60
A) Begriffliches und Bedeutung	60
B) Forschung versus ärztliche Therapiefreiheit.....	62

a) Würdigung	63
b) Zwischen Einwilligungrecht und Einwilligungspflicht.....	63
2. Spezialgesetzliche Regelungen	65
A) Humanforschungsgesetz (HFG).....	65
a) Forschungsprojekte an Kindern	65
b) Würdigung	66
B) Transplantationsgesetz	69
a) Gesetzliche Grundlagen	69
b) Transplantation von Blutstammzellen	70
c) Würdigung	71
C) Bundesgesetz über genetische Untersuchungen am Menschen (GUMG).....	74
a) Begriffliches und Bedeutung	74
b) Genetische Untersuchungen an Minderjährigen.....	75
c) Würdigung	76
d) Zur Totalrevision des GUMG.....	77
D) Sterilisationsgesetz	81
E) Fazit zu den spezialgesetzlichen Regelungen.....	82
IV. Absolut höchstpersönliche Rechte	83
V. Fazit.....	85
3. Teil: Staatliche Fürsorgepflicht	87
1. Kapitel: Schweizerisches Kindesschutzsystem	87
I. Kindesschutz als verfassungs- und völkerrechtlicher Auftrag.....	87
II. Überblick.....	88
III. Welche Herausforderungen stellen sich?.....	89
2. Kapitel: Zivilrechtlicher Kindesschutz als staatliche Durchsetzung der Grenzen des elterlichen Sorge- und Vertretungsrechts .	91
I. Ausgangslage	91
II. Eingriffsvoraussetzungen für das Einleiten von Kindesschutzmassnahmen	91
1. Gefährdung des Kindeswohls	91
2. Verhältnismässigkeit.....	93
A) Subsidiarität und Komplementarität.....	93
B) Proportionalität	94
III. Zu den einzelnen Kindesschutzmassnahmen.....	95
1. Geeignete Massnahmen (Art. 307 ZGB)	95
A) Grundsätzliches	95
B) Beratung, Begleitung, Ermahnung und Unterstützung in gesundheitlichen Fragestellungen des Kindes.....	96

a)	Informelle Beratungsgespräche und förmliche Untersuchungsverfahren.....	96
b)	«Angeordnete Beratung».....	97
c)	Ermahnungen und Weisungen.....	98
d)	Erziehungsaufsicht in medizinischen Belangen	99
e)	Pflichtmediation	100
2.	Beistandschaft (Art. 308 ff. ZGB).....	101
A)	Charakteristika der Beistandschaft	101
B)	Beistandschaften zur Überwachung der gesundheitlichen Bedürfnisse des Kindes.....	102
a)	Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 Abs. 1 ZGB).....	102
b)	Übertragung besondere Befugnisse (Art. 308 Abs. 2 ZGB).....	102
C)	Beschränkung der elterlichen Sorge (Art. 308 Abs. 3 ZGB)....	103
a)	Grundsätzliches	103
b)	Entzug der elterlichen Sorge in gesundheitlichen Belangen.....	104
D)	Einseitige Beschränkung des Vertretungsrechts in gesundheitlichen Fragestellungen.....	106
3.	Die Aufhebung des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts (Art. 310 ZGB).....	108
A)	Grundsätzliches.....	108
B)	Aufhebung des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts zum Schutz der gesundheitlichen Bedürfnisse des Kindes.....	109
a)	Differenzierung zwischen kürzeren und längeren ärztlichen Abklärungen und Behandlungen	109
b)	Begleitende Massnahmen.....	110
c)	Abgrenzung zur fürsorgerischen Unterbringung von Minderjährigen	110
4.	Der Entzug der elterlichen Sorge (Art. 311 ZGB)	114
A)	Voraussetzungen.....	114
B)	Beschränkung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil.....	116
5.	Fazit und Stellungnahme.....	117
IV.	Verfahrensrechtliche Besonderheiten im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen des Kindes	119
1.	Ausgangslage	119
2.	Zur Rechtsstellung des Kindes.....	119
A)	Grundsätzliches.....	119
B)	Anhörungen und deren praktische Umsetzung (Art. 314a ZGB).....	121
C)	Kindervertreter (Art. 314a ^{bis} ZGB).....	123
a)	Anordnungsvoraussetzungen.....	123

b) Bedeutung und Grenzen der Kindesvertretung bei medizinischen Behandlungen des Kindes.....	124
D) Verfahrensrechte und Mitwirkungspflichten der Eltern und übriger Beteiligter.....	126
a) Rechtsstellung der Eltern	126
b) Verfahrensrechte und Mitwirkungspflichten übriger Beteiligter.....	127
3. Sonderfragen des vorsorglichen Massnahmenverfahrens.....	129
A) Superprovisorische Anordnungen und die Verfügbarkeit der KESB.....	129
B) Rechtsmittel auch bei superprovisorischen Anordnungen?	132
C) Zur Relevanz des umgehenden Vollzugs	134
4. Fazit.....	135
V. Zur Verantwortlichkeit der KESB	135
3. Kapitel: Strafrechtliche Absicherung der Grenzen elterlicher Bestimmungsrechte	138
I. Straftatbestände zum Schutz des Kindes	138
1. Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht (Art. 219 StGB).....	138
A) Zum Straftatbestand	138
B) Bedeutung für das Thema.....	139
2. Aussetzung (Art. 127 ZGB).....	141
A) Zum Straftatbestand	141
B) Bedeutung für das Thema.....	142
3. Körperverletzungsdelikte (Art. 122 StGB/ Art. 123 StGB/ Art. 125 StGB).....	144
A) Schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB)	144
B) Einfache Körperverletzung (Art. 123 StGB).....	144
C) Fahrlässige Körperverletzung (Art. 125 StGB).....	145
D) Bedeutung für das Thema.....	145
II. Fazit und Ausblick	147
4. Kapitel: Haftung der Eltern für erzieherisches Fehlverhalten.....	148
I. Problemstellung	148
II. Grundsatz der Elternhaftung.....	149
1. Anspruchsgrundlage aus dem Familienrecht?	149
2. Haftung nach Art. 41 ff. OR?.....	149
A) Allgemeines.....	149
B) Haftungsvoraussetzungen.....	151
C) Zur Problematik der Widerrechtlichkeit.....	152
D) Rechtfertigungsgründe und die Frage nach überwiegenden privaten Interessen.....	154

E) Durchsetzungshindernisse	156
III. Fazit	158
4. Teil: Zur Rechtsstellung des Arztes im Grenzbereich elterlicher Vertretungsrechte	161
1. Kapitel: Ärztliche Melderechte und -pflichten versus ärztliches Berufsgeheimnis	161
I. Problemstellung	161
II. Ärztliche Schweigepflicht und deren Einschränkungen	161
III. Ärztliche Melderechte/-pflichten und deren Umsetzung im geltenden Recht	165
1. Ärztliche Melderechte mit Auflagen	165
2. Ärztliche Meldepflichten	166
A) Ärztliche Meldepflicht im ZGB?	166
B) Kantonale Meldepflichten und deren Problematik	168
IV. Zur vorgesehenen Revision der Melderegungen im Kindesschutz	169
1. Motion Aubert	169
2. Gesetzesentwurf	170
A) Melderecht ohne Entbindung vom Berufsgeheimnis	170
B) Keine Meldepflicht für Ärzte	172
C) Fazit und Forderungen	173
a) Einheitlichkeit und Grundvoraussetzungen	173
b) Verbesserter Kindesschutz durch Erweiterung der Meldepflichten auf Privatpersonen?	174
c) Gefahr der Pönalisierung	175
d) Verbesserungsvorschläge	176
2. Kapitel: Ärztliche Sorgfaltspflicht in der Pädiatrie und Neonatologie	178
I. Vom Grundsatz und dessen Besonderheit	178
II. Ärztliches Behandlungsspektrum und ärztliche Sorgfaltspflicht	180
1. Etablierte medizinische Behandlung	180
2. «off-label-use» Bereich	182
3. Experimentelle Einzelfallbehandlungen	183
III. Fazit	184
5. Teil: Medizinische Kindesschutzarbeit in Konflikt- und schwierigen Entscheidungssituationen	187
1. Kapitel: Einleitung und Ziel der Untersuchung	187

2. Kapitel: Handlungsabläufe und Handlungsinstrumente bei indizierten Eingriffen.....	187
I. Dringliche Behandlung	188
A) Ausgangslage.....	188
B) Nachträgliche ärztliche Meldepflicht?	188
II. Kurzfristig aufschiebbare Behandlung	190
1. Begrenzter Ermessensspielraum und Verfügbarkeit der KESB	190
2. Zurückbehaltung in der Institution.....	191
A) Ausgangslage und Rechtfertigung.....	191
B) Stellungnahme	192
III. Längerfristig aufschiebbare Behandlungen - Einbezug der spitalinternen Kindeschutzgruppe	193
1. Ausgangslage	193
2. Historische Entwicklung der medizinischen Kindeschutzarbeit....	195
3. Statistik	196
A) Nationale Kindeschutzstatistik der schweizerischen Kinderkliniken.....	196
B) Statistik der Kinderschutzgruppe des Kinderspitals Zürich	197
C) Würdigung.....	199
4. Rechtliche Überlegungen zur Tätigkeit von Kindeschutzgruppen.....	200
A) Rechtsgrundlagen	200
B) Fachärztliche Empfehlungen.....	201
a) Überblick.....	201
b) Empfehlung für die Kindeschutzarbeit an schweizerischen Kinderkliniken	201
c) Grundsatzklärung der Schweizerischen Gesellschaften für Pädiatrie und Kinderchirurgie	202
d) Kindesmisshandlung – Kindeschutz, Leitfaden zur Früherfassung und Vorgehen in der ärztlichen Praxis	202
C) Zwischenfazit	202
a) Uneinheitliche Kindeschutzarbeit an schweizerischen Kinderkliniken	202
b) Juristische Grenzbereiche	204
5. Medizinische Diagnostik zur Klärung kindswohlwidriger bzw. strafrechtlicher Verhaltensweise	204
A) Fragestellung	204
B) Ärztliches Pflichtenheft.....	205
6. Erstbefragung und Videodokumentation	207
A) Fragestellung	207
B) Delegation von Sachverhaltsabklärungen im zivilrechtlichen Kindeschutzverfahren	207

a)	Delegation im Einzelfall.....	207
b)	Konkretisierung der kantonalen Delegationsbestimmungen bei regelmässigem Beizug von externen Abklärungsstellen.....	210
C)	Delegation der Kinderschutzgruppe durch die Strafverfolgungsbehörden?.....	211
D)	Beweisverwertung im Strafprozess	214
a)	Vorfrage und Weichenstellung.....	214
b)	Beweisverwertungsverbote	214
c)	Autonome Videobefragung	218
d)	Vorteile einer kooperierenden Absprache	220
7.	Zuziehen von Drittpersonen zur Sachverhaltsabklärung	221
A)	Ausgangslage und Fragestellung	221
B)	Stellungnahme und Fazit	221
IV.	Handlungsbedarf in der medizinischen Kinderschutzarbeit	223
1.	Kindsmisshandlungen und deren gesellschaftliche Bedeutung	223
2.	Zweckmässige Zusammenarbeit	224
A)	Fehlender Überblick über die bestehenden Leistungen und Angebote.....	224
B)	Aktuelle Entwicklungen und Bestrebungen	224
3.	Fazit und Forderungen	226
3.	Kapitel: Ethische Fallbesprechungen zur Entscheidungsfindung	229
I.	Anwendungsbereich	229
II.	Formen und Bedeutung ethischer Unterstützung in der Medizin.....	230
1.	Überblick	230
2.	Ein Modell aus der Praxis: Sieben Schritte ethischer Entscheidungsfindung	231
III.	Rechtliche Überlegungen zur ethischen Fallbesprechung.....	232
1.	Ausgangslage und Fragestellung.....	232
A)	Ärztliches Berufsgeheimnis und die klinischen Ethikberatung	233
B)	Ärztliche Aufklärungspflicht und elterliches Veto-Recht	234
C)	Ärztliche Sorgfaltspflicht und klinische Ethikberatung.....	236
D)	Dokumentation und Transparenz ethischer Fallbesprechungen	237
E)	Behandlungsplan und institutionelle ethische Verantwortung	239
2.	Fazit und Ausblick	240

6. Teil: Eingriffe ohne medizinische Indikation an Minderjährigen.....	243
1. Kapitel: Übersicht und Fragestellung.....	243
2. Kapitel: Grenzen der Fremd- und Selbstbestimmung	244
I. Grenzen der Fremdbestimmung und absolute Höchstpersönlichkeit.....	244
II. Grenzen der Selbstbestimmung bei urteilsfähigen Minderjährigen.....	244
1. Sittlichkeit und Vernunft.....	244
2. Zur Urteilsfähigkeit in nicht therapeutische Eingriffe	247
3. Kapitel: Ästhetische Eingriffe an Minderjährigen	248
I. Ausgangslage	248
II. Begriffsbeschreibung und Charakterisierung	249
III. Zahlen und Fakten.....	249
IV. Rechtliche Rahmenbedingungen in Deutschland und Österreich.....	251
1. Österreich.....	251
2. Deutschland.....	252
A) Politische Diskussion	252
B) Standesethische Stellungnahme	253
V. Die Rechtslage in der Schweiz	254
1. Rückgriff auf allgemeine Grundlagen	254
A) Hilfskriterien zur Differenzierung zwischen reiner Ästhetik und medizinischer Indikation.....	255
a) Aspekt der Wiederherstellung.....	255
b) Leistungsübernahme durch Sozialversicherungen.....	255
c) Unaufschiebbarkeit	258
d) Gesellschaftliche Akzeptanz.....	259
B) Zusammenfassung und Schlussfolgerung	260
2. Ästhetische Operationen an Minderjährigen und die Rechtsstellung des Arztes	261
A) Aufklärung und Einwilligung.....	261
a) Grundsätzliches.....	261
b) Ästhetische Medizin auf Verlangen von Minderjährigen...263	
c) Zur Rechtslage bei urteilsunfähigen Minderjährigen	264
B) Behandlungsvertrag mit einem beschränkt Handlungsunfähigen.....	265
C) Appell an das ärztliche Verantwortungsbewusstsein	267
3. Handlungsbedarf.....	268
4. Kapitel: Geschlechtszuweisende Operationen an Kindern	269

I.	Einführung in das Thema und Fragestellung	269
II.	Varianten der Geschlechtsentwicklung und medizinische Behandlungsmöglichkeiten	271
1.	Begriffliches	271
2.	Medizinische Behandlungsmöglichkeiten und die daraus gewonnenen Erkenntnisse	272
A)	Historische Aspekte und Beweggründe	272
B)	Medizinische Behandlungsmöglichkeiten	272
C)	Kritik Betroffener	273
III.	Rechtslage im Überblick	275
1.	Verzicht auf spezialgesetzliche Regelungen	275
2.	Zivilrechtliche Perspektive – Elterliche Sorge und Störungen in der Geschlechtsentwicklung des Kindes	276
A)	Zum Kindeswohl bei Kindern mit DSD	276
B)	Absolut höchstpersönliche Rechte und DSD	277
C)	Elterninteressen versus Kindesinteressen?	279
3.	Geschlechtszuweisende Operationen unter dem Fokus von Grund- und Völkerrecht	280
A)	Verletzung des Rechts auf selbstbestimmte Geschlechtsidentität	280
B)	Diskriminierung	282
4.	Intersexualität in der Rechtsprechung	283
A)	Schweizerische Rechtsprechung	283
B)	Urteil des Landes- und Oberlandesgerichts Köln	284
C)	Urteile des kolumbianischen Verfassungsgerichts	285
IV.	Mögliche Massnahmen zum Schutz des Kindes	286
1.	Revision der Zivilstandsverordnung?	287
2.	Zur Anwendbarkeit straf- oder spezialrechtlicher Verbotsbestimmungen	288
3.	Zustimmung durch ein Aufsichtsgremium oder eine gerichtliche Genehmigungsinstanz?	291
4.	Staatliche Unterstützung von interdisziplinären Behandlungszentren	292
V.	Fazit	292
7. Teil: Zusammenfassende Thesen		295
Sachregister		307

Abkürzungsverzeichnis

A	Auflage
a	alt
a.a.O.	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch von Österreich vom 01.06.1811
a.M.	anderer Meinung
AG	Kanton Aargau
AI	Kanton Appenzell Innerrhoden
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich/St. Gallen)
allg.	allgemein
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
AR	Kanton Appenzell Ausserrhoden
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (SR 822.11)
Art.	Artikel
ATSG	Bundesgesetz über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1)
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz) vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20)
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BE	Kanton Bern
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz) vom 3. Oktober 1951 (SR 812.121)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof für Zivilsachen

Biomedizinkonvention	Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. November 2008 (SR 0.810.2)
BK	Berner Kommentar
BL	Kanton Basel–Landschaft
BS	Kanton Basel–Stadt
BSK	Basler Kommentar
BSG	Bundessozialgericht (Deutschland)
bspw.	beispielsweise
BtPrax	Die Betreuungsrechtliche Praxis, Zeitschrift für soziale Arbeit, gutachterliche Tätigkeit und Rechtsanwendung in der Betreuung (Deutschland)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Bundesverwaltungsgericht
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung (Bern)
bzw.	beziehungsweise
CCPR	Convention Abbreviation
CT	Computertomographie
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DSD	disorder of sex development
ECHR	European court of human rights
EG/KESR UR	Gesetz über die Einführung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts (EG/KESR) des Kantons Uri
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EG ZGB	Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch
ehem	ehemaliger
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten

EpG	Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz) vom 18. Dezember 1970 (SR 818.101)
Ethik Med	Zeitschrift Ethik in der Medizin (Deutschland)
EUR	Euro
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FamPra.ch	Die Praxis des Familienrechts (Bern)
FGM/C	Female Genital Mutilation/Cutting
FMedG	Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung vom 18. Dezember 1998 (SR 810.11)
FMH	Verbindung der Schweizer Ärzte
g	Gramm
GE	Kanton Genf
GesR	Zeitschrift für Arztrecht, Krankenhausrecht, Apotheken- und Arzneimittelrecht (Deutschland)
GesV	kantonale Gesundheitsverordnung
GgV	Verordnung über Geburtsgebrechen vom 9. Dezember 1985 (SR 831.232.21)
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GR	Kanton Graubünden
GUMG	Bundesgesetz über die genetische Untersuchung beim Menschen vom 8. Oktober 2004 (SR 810.12)
HandKomm	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
HAVE	Zeitschrift für Haftung und Versicherung (Zürich)
HEC Forum	HealthCare Ethics Committee Forum: Interprofessional Journal on Healthcare Institutions' Ethical and Legal Issues (USA)
HFG	Bundesgesetz über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz) vom 30. September 2011 (SR 810.30)
hill.	Zeitschrift für Recht und Gesundheit (Zürich)
HLH	hypoplastisches Linksherzsyndrom
HMG	Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz) vom 15. Dezember 2000 (SR 812.21)

Hrsg.	Herausgeber
ID	Identitätskarte
i.e.S.	im engeren Sinn
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20)
i.V.m.	in Verbindung mit
Jg.	Jahrgang
JstG	Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht (Jugendstrafgesetz) vom 20. Juni 2003 (SR 311.1)
JStPO	Schweizerische Jugendstrafprozessordnung (Jugendstrafprozessordnung) vom 20. März 2009 (SR 312.1)
KESB	Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
KESR	Kindes- und Erwachsenenschutz Recht
KESV	Kindes- und Erwachsenenschutzverordnung
KGer	Kantonsgericht
KJFG	Bundesgesetz über die Förderung der ausserschulischen Arbeit mit Kindern und Jugendlichen vom 30. September 2011 (SR 446.1)
KLV	Verordnung des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenversicherung (Krankenpflegeleistungsverordnung) vom 29. September 1995 (SR 832.112.31)
KRK	UN Kinderrechtskonvention über die Rechte des Kindes, in Kraft getreten für die Schweiz am 26. März 1997 (SR 0.107)
Komm	Kommentar
KurzKomm	Kurzkommentar
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (SR 832.10)
Kt.	Kanton
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
LU	Kanton Luzern
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen

MedBG	Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe, (Medizinalberufegesetz) vom 23. Juni 2006 (SR 811.11)
MedR	Zeitschrift Medizinrecht (Deutschland)
MG	Bundesgesetz über die Armee und Militärverwaltung vom 3. Februar 1995 (SR. 510.10)
Mio.	Millionen
N	Note
NEK	Nationale Ethikkommission
MRI	Magnet Resonanz Imaging
NR	Nationalrat/Nationalrätin
OHG	Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz) vom 23. März 2007 (SR 312.5)
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 2011 (SR 220)
OVG	Oberverwaltungsgericht Hamburg
OW	Kanton Obwalden
PID	Präimplantationsdiagnostik
PraxKomm	Praxiskommentar
PrHG	Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz) vom 18. Juni 1993 (SR 221.112.944)
PSY	Zeitschrift für Psychiatrie, Psychologie und Psychotherapie (Deutschland)
SAMW	Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften
SchIT.	Schlusstitel
SGBE	Schweizerische Gesellschaft für Biomedizinische Ethik
SH	Schaffhausen
SPO	Schweizerische Stiftung für Patientenschutz
SZ	Kanton Schwyz
SG	Kanton St. Gallen
SGBE	Schweizerische Gesellschaft für biomedizinische Ethik

SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte
SNF	Schweizerischer Nationalfonds
SO	Kanton Solothurn
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtssammlung
SSW	Schwangerschaftswoche
St. Gallen	Kanton St. Gallen
STEB	standardisierte Erstbefragung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StaO FMH	Standesordnung der Verbindung der Schweizer Ärzte
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
SR	Ständerat/Ständerätin
Suppl.	Supplement
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
SZ	Kanton SZ
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (Bern)
TPG	Bundesgesetz über die Transplantation von Geweben und Zellen vom 8. Oktober 2004 (SR 810.21)
u.a.	unter anderem
UNFPA	United Nation Population Fund
UNICEF	United Nations Children's Fund
UNO Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche , soziale und kulturelle Rechte, abgeschlossen am 16. Dezember 1966 in New York, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (SR 0.103.1)
UNO Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, abgeschlossen am 16. Dezember 1966 in New York, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (SR 0.103.2)
UR	Kanton Uri

USA	united states of america
v. Chr.	vor Christus
VBK	Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden
VBVV	Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen der Beistandschaft oder Vormundschaft vom 4. Juli 2012 (SR 211.223.11)
VD	Kanton Waadt
VE StPO	Vernemlassungsentwurf StPO
VE ZGB	Vernemlassungsentwurf ZGB (Kindesschutz)
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift), (Deutschland)
vgl.	vergleiche
Vor. Art.	Vorbemerkungen zu Artikel
WBK SR	Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Ständerates
WBK NR	Kommission für Wissenschaft Bildung und Kultur des Nationalrates
WHO	World Health Organization
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZfmE	Zeitschrift für medizinische Ethik (Deutschland)
ZG	Kanton Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZKE	Zeitschrift für Kinder- und Erwachsenenschutz (Zürich)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung von 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
ZStV	Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (SR. 211.112.2)

ZStöR	Zürcher Studien zum öffentlichen Recht (Zürich)
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen (Zürich)

Literaturverzeichnis

- AEBI-MÜLLER REGINA**, Das neue Erwachsenenschutzrecht der Schweiz - Patientenverfügung, Vertretung bei medizinischen Massnahmen, fürsorgliche Unterbringung, Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen, BtPrax 2013, 180 ff. (zit. AEBI-MÜLLER, Erwachsenenschutzrecht Schweiz)
- AEBI-MÜLLER REGINA**, Perpetuierte Selbstbestimmung? Einige vorläufige Gedanken zur Patientenverfügung nach neuem Recht, ZBJV 2013, 150 ff. (zit. AEBI-MÜLLER, Perpetuierte Selbstbestimmung)
- AEBI-MÜLLER REGINA**, EGMR-Entscheid Jäggi c. Suisse: Ein Meilenstein zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, Jusletter, 2. Oktober 2006 (zit. AEBI-MÜLLER, Meilenstein)
- AEBI-MÜLLER REGINA**, Kommentierung zu Art. 27–30a ZGB, in: Breitschmid Peter/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2. Auflage, Zürich 2012 (zit. AEBI-MÜLLER, HandKomm, N ... zu Art. ...ZGB)
- AEBI-MÜLLER REGINA/TANNER DEBORAH**, Das behinderte Kind im Zivilrecht, in: Sprecher Franziska/Sutter Patrick (Hrsg.), Das behinderte Kind im schweizerischen Recht, Zürich 2006, 82 ff.
- AFFOLTER KATHRIN**, Anzeige- und Meldepflichten (Art. 443 Abs. 2 ZGB), ZKE 2013, 47 ff. (zit. AFFOLTER KATHRIN)
- AFFOLTER KURT**, Informations-, Anhörungs- und Auskunftsrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteils, ZVW 2009, 380 ff. (zit. AFFOLTER KURT)
- ALDERSON PRISCILLA**, Die Autonomie des Kindes – über die Selbstbestimmungsfähigkeit von Kindern in der Medizin, in: Wiesemann Claudia/Dörries Andrea/Wolfslast Gabriele/Simon Alfred (Hrsg.), Das Kind als Patient, Ethische Konflikte zwischen Kindeswohl und Kindeswille, Frankfurt am Main 2003, 28 ff.
- ALSTON PHILIP**, The Best Interests Principle: Towards Reconciliation of Culture and Human Rights, International Journal of Law and the Family, Oxford Journals 1994, Volume 8, 1 ff.
- ASSER SETH/SWAN RITA**, Child fatalities from religion-motivated medical neglect, Pediatrics 1998, 625 ff.

- AUER CHRISTOPH/MARTI MICHÈLE**, Kommentierung zu Art. 443–449c und Art. 450f ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Auflage, Zürich und St. Gallen 2014 (zit. AUER/MARTI, BSK ZGB I, N ... zu Art. ... ZGB)
- AUER CHRISTOPH/MARTI MICHÈLE**, Art. 443–449c und Art. 450f ZGB, in: Geiser Thomas/Reusser Ruth (Hrsg.), Basler Kommentar Erwachsenenschutz, St. Gallen und Bern 2012 (zit. AUER/MARTI, BSK Erwachsenenschutz, N ... zu Art. ... ZGB)
- BANNHOLZER KARIN/DIEHL REGULA/HEIERLI ANDREAS/KLEIN ANNE/SCHWEIGHAUSER JONAS**, «Angeordnete Beratung» - ein neues Instrument zur Beilegung von strittigen Kinderbelangen vor Gericht, FamPra.ch 2012, 111 ff.
- BÄNZIGER CHRISTIAN**, Sterbehilfe für Neugeborene aus strafrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2005
- BAUMANN MAX**, Probleme der Neonatologie aus rechtlicher Sicht – Ein Diskussionsvorschlag, in: Dialog Ethik (Hrsg.), An der Schwelle zum eigenen Leben, Lebensentscheidungen am Lebensanfang bei zu früh geborenen, kranken und behinderten Kindern in der Neonatologie, Band 3, Bern 2002, 123 ff.
- BAUMANN-HÖLZLE RUTH**, «7 Schritte Dialog» - Exemplarische Vertiefung der Methodik einer Fallbesprechung, in: Dialog Ethik (Hrsg.), Ethiktransfer in Organisationen, Handbuch 3, Ethik im Gesundheitswesen, Bern 2009, 215 ff. (zit. BAUMANN-HÖLZLE, Exemplarische Vertiefung)
- BAUMANN-HÖLZLE RUTH**, Ethische Entscheidungsfindung in der Intensivmedizin, in: Dialog Ethik (Hrsg.), Leben um jeden Preis?, Entscheidungsfindung in der Intensivmedizin, Bern 2004, 117 ff. (zit. BAUMANN-HÖLZLE, Ethische Entscheidungsfindung)
- BAUMANN-HÖLZLE RUTH/ARN CHRISTOF**, Ethiktransfer in Institutionen des Gesundheitswesens, Schweizerische Ärztezeitung 2005, 735 ff.
- BAUMANN-HÖLZLE RUTH/MAFFEZZONI MARCO/BUCHER HANS ULRICH**, A framework of ethical decision making in neonatal intensive care, Acta Paediatrica 2005, 1777 ff.
- BEGHETTI MAURICE/GHISLA RENZO**, Kongenitale Hypoplasie des linken Herzens (HLH): Diagnose, Therapie und Prognose, Paediatrica 5/2005, 30 ff.

- BELSER EVA MARIA**, Partie II – Droit des personnes/Teil II –
Personenrecht/Die Aufregung um die Beschneidung von Knaben – Und
warum dafür wenig Anlass besteht, in: Rumo Jungo Alexandra/Pichonnaz
Pascal/Hürlimann-Kaup Bettina/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Une
empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri
Steinauer, Bern 2013, 81 ff.
- BELSER EVA MARIA/RUMO JUNGO ALEXANDRA**, Einmal volle Lippen bitte!
Vom Traum des massgeschneiderten Körpers und den Schwierigkeiten des
Rechts mit dem Mass, den Schneidern und den Körpern, in: Niggli Marcel
Alexander/Hurtado Pozo José/Queloz Nicolas (Hrsg.), Festschrift für
Franz Riklin, Zürich 2007, 555 ff.
- BENDER ALBRECHT**, Zeugen Jehovas und Bluttransfusionen, Eine
zivilrechtliche Betrachtung, MedR 1999, 260 ff.
- BERGER THOMAS ET AL.**, Perinatale Betreuung an der Grenze der
Lebensfähigkeit zwischen 22 und 26 vollendeten
Schwangerschaftswochen, Revision der Empfehlungen aus dem Jahre
2002, Paediatrica 1/2012, 10 ff. (zit. BERGER ET AL., Perinatale
Betreuung)
- BERGER THOMAS ET AL.**, Empfehlungen zur Betreuung von Frühgeborenen an
der Grenze der Lebensfähigkeit (Gestationsalter 22–26 SSW), Swiss
Society of Neonatologie, neonet.ch, Guidelines 2011 (zit. BERGER ET AL.,
Guidelines)
- BERGER THOMAS**, Decisions in the Gray Zone: Evidence-Based or Culture
Based?, Journal of Pediatrics 2010, 7 ff.
- BERNHART CHRISTOF**, Handbuch der fürsorgerischen Unterbringung: Die
fürsorgerische Unterbringung und medizinische Behandlung nach dem
neuen Erwachsenenschutzrecht sowie dessen Grundsätze, Diss.
Basel 2011
- BERTSCHI NORA**, Leihmutterchaft Theorie, Praxis und rechtliche
Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien, FamPra.ch 2014, 21 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI**, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen
Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie
dem BGG, Zürich 2007 (zit. BIAGGINI, BV Komm, N ... zu Art. ... BV)
- BIAGGINI GIOVANNI**, Wie sind Kinderrechte in der Schweiz geschützt?, in:
Gerber Regula/Hausamman Christine (Hrsg.), Die Rechte des Kindes. Das
UNO-Übereinkommen und seine Auswirkungen auf die Schweiz,
Basel/Genf/München 2001, 25 ff. (zit. BIAGGINI, Kinderrechte)
- BIDERBOST YVO**, Massschneidern im Kindes- und Erwachsenenschutz – Haute
Couture? Prêt-a-porter? Oder Masskonfektion, Jusletter, 31. März 2014
(zit. BIDERBOST, Massschneidern)

- BIDERBOST YVO**, Rechtsmittelbelehrung bei superprovisorischen Verfügungen im Vormundschaftswesen, ZVW 2006, 67 ff. (zit. BIDERBOST, Rechtsmittelbelehrung)
- BIDERBOST YVO**, Die Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 ZGB), Diss. Freiburg 1996 (zit. BIDERBOST, Erziehungsbeistandschaft)
- BIDERBOST YVO**, Kommentierung zu Art. 363, 364 StGB in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–Art. 392 StGB, 3. Auflage, Freiburg/Luzern 2013 (zit. BIDERBOST, BSK StGB II, N ... zu Art. ... StGB)
- BIDERBOST YVO**, Kommentierung zu Art. 264–269c ZGB, Art. 307–327c ZGB in: Breitschmid Peter/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2. Auflage, Zürich 2012 (zit. BIDERBOST, HandKomm, N ... zu Art. ... ZGB)
- BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/FANKHAUSER ROLAND**, Kommentierung zu Vor. Art. 11–21, 11–19, 19c, 20–21 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Auflage, Zürich und St. Gallen 2014 (zit. BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, BSK ZGB I, N ... zu Art. ... ZGB)
- BIRCHLER URSULA**, Die fürsorgerische Unterbringung Minderjähriger, ZKE 2013, 141 ff. (zit. BIRCHLER, Fürsorgerische Unterbringung)
- BIRCHLER URSULA**, «Tauglichkeit» des Instrumentariums vormundschaftlicher Massnahmen zur Betreuung von Adoleszenten/jungen Erwachsenen mit psychischen Störungen, ZVW 2005, 20 ff. (zit. BIRCHLER, Instrumentarium)
- BLUM STEFAN/WEBER KHAN CHRISTINA**, Der «Anwalt des Kindes» – eine Standortbestimmung, ZKE 2012, 32 ff.
- BLUM-SCHNEIDER BRIGITTE/GÄCHTER THOMAS**, Spitex-Leistungen für Kinder – ein verfassungsrechtlicher Auftrag, Pflegerecht – Pflegewissenschaft, Bern 2015, 36 ff.
- BODENMANN GUY/RUMO-JUNGO ALEXANDRA**, Die Anhörung von Kindern aus rechtlicher und psychologischer Sicht, FamPra.ch 2003, 22 ff.
- BOSCHUNG MATHIAS**, Der bodengebundene Rettungsdienst im Spannungsfeld zwischen Staatsaufgabe und regulierter privatwirtschaftlicher Tätigkeit, Diss. Freiburg 2010
- BOSINSKI HARTMUT**, Psychosexuelle Probleme bei Intersex-Syndromen, Sexuologie 2005, 31 ff.
- BRANDENBERG MANUEL**, Sekteninformation durch Behörden, Diss. Zürich 2002

- BRAUCHLI ANDREAS**, Das Kindeswohl als Maxime des Rechts, Diss.
Zürich 1982
- BREITSCHMID PETER**, Kommentierung von Art. 131–134 ZGB, Vor.
Art. 264–269c, 264–269c, Vor. Art. 276–295, 276–295, 307–327 ZGB, in:
Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler
Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456ZGB, 5. Auflage, Zürich und
St. Gallen 2014 (zit. BREITSCHMID, BSK ZGB I, N ... zu Art. ...ZGB)
- BREITSCHMID PETER**, Kommentierung zu Art. 11–26 ZGB, Art. 271–275a
ZGB in: Breitschmid Peter/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.),
Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht
inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf
2012 (zit. BREITSCHMID, HandKomm, N ... zu Art. ... ZGB)
- BRINKMANN LISA/SCHWEIZER KATINKA/RICHTER-APPELT HERTHA**,
Behandlungsergebnisse von Menschen mit Intersexualität. Ergebnisse der
Hamburger Intersex-Studie, Gynäkologische Endokrinologie 2007, 235 ff.
- BRÜCKNER CHRISTIAN**, Das Personenrecht des ZGB (ohne Beurkundung des
Personenstandes), Zürich 2000
- BRUGGER SCHMIDT CAROLINE**, Frühgeborene an der Grenze der
Lebensfähigkeit. Unter besonderer Berücksichtigung der
Ökonomisierungsdebatte in der Spitzenmedizin, in: Dörr Bianka/Michel
Margot (Hrsg.), Biomedizinrecht, Herausforderungen – Entwicklungen –
Perspektiven, Zürich 2007, 175 ff.
- BUCHER HANS ULRICH**, Die Entwicklung der Neonatologie: Wie technische
Fortschritte zu einem ethischen Dilemma führen, in: Dialog Ethik (Hrsg.),
Leben um jeden Preis? Entscheidungsfindung in der Intensivstation,
Zürich 2004, 95 ff. (zit. BUCHER, Technische Fortschritte)
- BUCHER HANS ULRICH**, Erfahrungen mit dem Zürcher
Entscheidungsfindungs-Modell, in: Dialog Ethik (Hrsg.), Leben um jeden
Preis? Entscheidungsfindung in der Intensivmedizin, Zürich 2004, 225 ff.
(zit. BUCHER, Erfahrungen)
- BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE**, Intersexualität, Transsexualität und
das Recht, Geschlechtsfreiheit und körperliche Integrität als Eckpfeiler
einer neuen Konzeption, Freiburger GeschlechterStudien,
Freiburg 17/2005, 115 ff.
- BÜCHLER ANDREA/HOTZ SANDRA**, Medizinische Behandlung, Unterstützung
und Begleitung Jugendlicher in Fragen der Sexualität – Ein Beitrag zur
Selbstbestimmung Jugendlicher im Medizinrecht, AJP 2010, 565 ff.
- BÜCHLER ANDREA/VETTERLI ROLF**, Ehe Partnerschaft Kinder, Eine
Einführung in das Familienrecht der Schweiz, Basel 2007

- CHOFFAT GUILLAUME ANTOINE**, Le placement du mineur: Une institution en mouvement, FamPra.ch 2015, 68 ff.
- CHRISTENSEN BIRGIT**, Schwangerschaft als Dienstleistung – Kind als Ware? Eine rechtliche Annäherung an das Phänomen der sogenannten Leihmutterchaft, hill 2013, Nr. 86 (zit. CHRISTENSEN, Schwangerschaft als Dienstleistung)
- CHRISTENSEN BIRGIT**, Intersexualität. Die «Herstellung symbolischer Heterosexualität» durch Medizin und Recht, hill 2012, Nr. 18 (zit. CHRISTENSEN, Intersexualität)
- COTTIER MICHELLE**, Geschlechterleben. Eingriffe in den Geschlechtskörper und das Prinzip der Selbstbestimmung, in: Krebs Angelika/Pfleiderer Georg/Seelmann Kurt (Hrsg.), Ethik des gelebten Lebens, Basler Beiträge zu einer Ethik der Lebensführung, Basel 2010, 87 ff. (zit. COTTIER, Geschlechtskörper)
- COTTIER MICHELLE**, Verfahrensvertretung des Kindes im Familienrecht in der Schweiz, in: Blum Stefan/Cottier Michelle/Migliazza Daniela (Hrsg.), Anwalt des Kindes, Ein europäischer Vergleich zum Recht des Kindes auf eigene Vertretung in behördlichen und gerichtlichen Verfahren, Bern 2008, 125 ff. (zit. COTTIER, Verfahrensvertretung)
- COTTIER MICHELLE**, Zivilrechtlicher Kindesschutz und Prävention von genitaler Mädchenbeschneidung in der Schweiz, Schweizerisches Komitee für UNICEF, Zürich 2008 (zit. COTTIER, Prävention)
- COTTIER MICHELLE**, Subjekt oder Objekt? Die Partizipation von Kindern in Jugendstraf- und zivilrechtlichen Kindesschutzverfahren, Eine rechtssoziologische Untersuchung aus der Geschlechterperspektive, Diss. Basel/Berlin 2006 (zit. COTTIER, Subjekt oder Objekt)
- COTTIER MICHELLE**, weibliche Genitalverstümmelung, zivilrechtlicher Kindesschutz und interkulturelle Verständigung, FamPra.ch 2005, 698 ff. (zit. COTTIER, Genitalverstümmelung)
- COTTIER MICHELLE**, Kommentierung zu Art. 451–453, Art. 314, Art. 314a, Art. 314a^{bis}, Art. 314b ZGB in: Bächler Andrea/Häfeli Christoph/Leuba Audrey/Steller Martin (Hrsg.), FamKomm Erwachsenenschutz, Bern 2013 (zit. COTTIER, FamKomm Erwachsenenschutz, N ... zu Art. ... ZGB)
- COTTIER MICHELLE/STECK DANIEL**, Das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, FamPra.ch 2012, 981 ff.
- COTTIER MICHELLE/SCHLAURI REGULA**, Übersicht über die Melderechte und Meldepflichten bei Genitalverstümmelung an Unmündigen im Licht von Amts- und Berufsgeheimnis, Fampra.ch 2005, 759 ff.

- CREVOISIER CÉCILE**, Die Diskriminierung des Kindes aufgrund seines familienrechtlichen Status, eine Untersuchung der zivilrechtlichen Zuordnung von Kindern zu ihren Eltern im Lichte der Bundesverfassung und der internationalen Menschenrechtsabkommen, FamPra.ch 2014, 290 ff.
- CUTTINI MARINA ET AL.**, Parental visiting, communication, and participation in ethical decisions: a comparison of neonatal unit policies in Europe, ADC Fetal and Neonatal Edition, 1999, 84 ff.
- CUTTINI MARINA/CASOTTO VERONICA/ORZALESI MARCELLO**, Ethical issues in neonatal intensive care and physicians' practices, Acta Paediatrica 2006, 95 Suppl. 452, 42 ff.
- DAMM REINHARD**, Ästhetische Chirurgie und Medizinrecht – Normstrukturen, Regelungsprobleme und Steuerungsebenen, Ärztliches Berufsrecht/Arzthaftungsrecht, GesR 2010, 641 ff.
- DÄPPEN-MÜLLER SILVIA**, Kindesmisshandlung und -vernachlässigung aus straf- und zivilrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 1998
- DE LEEUW RICHARD/CUTTINI MARINA/NADAI MICHELA**, Treatment choices for extremely preterm infants: an international perspective, Journal of Pediatrics 2000, 608 ff.
- DEEGENER GÜNTHER**, Formen und Häufigkeit der Kindesmisshandlung, in: Deegener Günther/Körner Wilhelm (Hrsg.), Kindesmisshandlung und Vernachlässigung, Ein Handbuch, Göttingen 2005, 37 ff.
- DEUTSCH ERWIN/SPICKHOFF ANDREAS**, Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 7. Auflage, Göttingen 2014
- DIEHL ULRICH**, Über die Würde der Kinder als Patienten – das Prinzip der Menschenwürde in der Medizinethik am Beispiel der Pädiatrie, in: Wiesemann Claudia/Dörries Andrea/Wolfslast Gabriele/Simon Alfred (Hrsg.), Das Kind als Patient. Ethische Konflikte zwischen Kindeswohl und Kindeswille, Frankfurt 2003, 151 ff.
- DLUGOSCH SANDRA**, Mittendrin oder nur dabei? Miterleben häuslicher Gewalt in der Kindheit und seine Folgen für die Identitätsentwicklung, Diss. München 2009
- DOLDER MATTIAS**, Die Informations- und Anhörungsrechte des nicht sorgeberechtigten Elternteils nach Art. 275a ZGB, Diss. St. Gallen 2002
- DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE**, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9., aktualisierte und teilweise vollständig überarbeitete Auflage, Zürich 2013
- DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG**, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. und vollständig neu bearbeitete Auflage, Zürich 2011

- DONATSCH ANDREAS**, Kommentierung zu Art. 1–33, 102, 111–186 StGB, in:
Donatsch Andreas (Hrsg.), StGB Kommentar, Schweizerisches
Strafgesetzbuch und weitere einschlägige Erlasse mit Kommentar zu
StGB, JStG, den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG,
19. überarbeitete Auflage, Zürich 2013 (zit. DONATSCH, StGB Komm,
N ... zu Art. ... StGB)
- DÖRFLINGER PETER**, Interdisziplinäre Zusammenarbeit – Wegmarken in einer
weiten Landschaft, FramPra.ch 2015, 98 ff.
- DÖRR BIANKA/MICHEL MARGOT**, Heilversuche, Herausforderungen –
Entwicklungen – Perspektiven, Factsheet der SAMW zuhanden der WBK
des Nationalrates, 29. September 2010
- EBERBACH WOLFRAM**, Möglichkeiten und rechtliche Beurteilung der
Verbesserung des Menschen – Ein Überblick, in: Wienke
Albrecht/Eberbach Wolfram/Kramer Hans-Jürgen/Janke Kathrin (Hrsg.),
Die Verbesserung des Menschen, Tatsächliche und rechtliche Aspekte der
wunscherfüllenden Medizin, Köln 2009, 1 ff.
- ECKERT ANDREAS**, Kommentierung zu Art. 213, 215, 219 und 220 StGB, in:
Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar
Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 3. Auflage, Freiburg/Luzern 2013
(zit. ECKERT, BSK StGB II, N ... zu Art. ... StGB)
- EGLI PATRICIA**, Drittwirkung von Grundrechten: Zugleich ein Beitrag zur
Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Diss.
Zürich 2002
- EICHENBERGER THOMAS/KOHLER THERES**, Kommentierung zu Art. 373,
377–381 ZGB, in: Heinrich Honsell/Vogt Nedim/Geiser Thomas (Hrsg.),
Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Auflage, Zürich/St.Gallen 2014
(zit. EICHENBERGER/KOHLER, BSK ZGB I, N ... zu Art. ... ZGB)
- EICHENBERGER THOMAS/KOHLER THERES**, Kommentierung zu Art. 373,
377–381 ZGB, in: Geiser Thomas/Reusser Ruth (Hrsg.), Basler
Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 360–456 ZGB
Art. 14, 14a SchlT ZGB, St.Gallen/Bern 2012 (zit. EICHENBERGER/
KOHLER, BSK Erwachsenenschutz, N ... zu Art. ... ZGB)
- EICKER ANDREAS/FISCH STEFANIE**, Zur prozeduralen Rechtfertigung von
Suizidbeihilfe im Strafrecht, AJP 2015, 591 ff.
- EKKEHARD BAHLO**, Gendiagnostik – Schutz oder Bedrohung?, MedR 2003,
109 ff.
- EUGSTER GEBHARD**, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) in:
Murer Erwin/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), Rechtsprechung des
Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Freiburg/Basel 2010
(zit. EUGSTER, KVG Komm, N ... zu Art. ... KVG)

- EVERSCHOR MONIKA**, Probleme der Neugeborenenethanasie und der Behandlungsgrenzen bei schwerstgeschädigten Kindern und ultrakleinen Frühgeborenen aus rechtlicher und ethischer Sicht, Diss. Frankfurt am Main 2001
- EWERBECK HANS**, Beitrag zur Diskussion, in: Hiersche Hans-Dieter/Hirsch Günter/Graf-Baumann Toni (Hrsg.), Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen, Berlin/Heidelberg/New York 1987, 68 ff.
- FANKHAUSER ROLAND**, Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Urteilsunfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzrechts, BJM 2010, 240 ff. (zit. FANKHAUSER, Gesetzliche Vertretungsbefugnis)
- FANKHAUSER ROLAND**, Kommentierung zu Art. 374–381 ZGB, in: Breitschmid Peter/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2. Auflage, Zürich 2012 (zit. FANKHAUSER, HandKomm, N ... zu Art. ... ZGB)
- FÄSSLER STÉPHANIE**, Das Recht auf sexuelle Orientierung und seine Bedeutung im Migrationsrecht, Diss. Zürich 2014
- FELDER WILHELM/HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER/DESCH ERICA**, Gemeinsame elterliche Sorge und Kindeswohl, ZBJV 2014, 892 ff.
- FELLMANN WALTER**, Aufklärung von Patienten und Haftung des Arztes, in: Rütscbe Bernhard (Hrsg.), Weiterbildung Recht, Medizinprodukte: Regulierung und Haftung, Luzern 2013, 171 ff. (zit. FELLMANN, Aufklärung von Patienten)
- FELLMANN WALTER**, Haftung des Arztes in der Schweiz, in: Wenzel Frank (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 3. Auflage, Köln 2012, 1935 ff. (zit. FELLMANN, Haftung des Arztes)
- FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012
- FELLMANN WALTER**, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten in: Kuhn Moritz W./Poledna Tomas (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Auflage, Zürich 2007, 103 ff. (zit. FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten)
- FELLMANN WALTER**, Kommentierung zu Art. 40 MedBG, in: Ayer Ariane/Kieser Ueli/Poledna Tomas/Sprumont Dominique (Hrsg.), Medizinalberufegesetz (MedBG), Kommentar, Genève/Neuchâtel/Zürich 2009 (zit. FELLMANN, MedBG-Komm, N ... zu Art. ... MedBG)

- FELLMANN WALTER**, Kommentierung der Art. 394–Art. 406 OR, in:
Hausheer Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar, Bern 1992 (zit. FELLMANN,
BK, N ... zu Art. ... OR)
- FINGERHUTH THOMAS**, Kommentierung zu Art. 111-136, ohne Art. 111, 115
und 124, 180–186, 221–239 StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.),
Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage,
Zürich 2013 (zit. FINGERHUTH, Praxiskommentar, N ... zu Art. ... StGB)
- FOWLER LORI ANN/MOOR AMI R.**, Breast Implants for Graduation,
A Sociological Examination of Daughter an Mother Narratives, *Sociology
Mind* 2012, 109 ff.
- GASSMANN JÜRIG**, Kommentierung zu Art. 370–373, 377–381 ZGB, in: Rosch
Daniel/Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Das neue
Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff.
ZGB, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, Bern/Luzern/Zürich 2014
(zit. GASSMANN, Komm Erwachsenenschutz, N ... zu Art. ... ZGB)
- GEISER THOMAS**, Umsetzung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch die
Gerichte, *AJP* 2015, 1099 ff.
- GEISER THOMAS/ETZENSBERGER MARIO**, Kommentierung zu Vor.
Art. 426–439, Art. 426–439 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Peter
Nedim/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I,
5. Auflage, Zürich/St. Gallen August 2014 (zit. GEISER/ETZENSBERGER,
BSK ZGB I, N ... zu Art. ... ZGB)
- GEISER THOMAS**, Kommentierung zu Einl. IPRG, Art. 426–439, Art. 450c,
Art. 450e und Art. 451–453 ZGB, in: Geiser Thomas/Reusser Ruth
(Hrsg.), Basler Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 360–Art. 456 ZGB,
Art. 14, 14a SchlT ZGB, St. Gallen und Bern März 2012 (zit. GEISER,
BSK Erwachsenenschutz, N ... zu Art. ... ZGB)
- GENNA ANTON**, Rechtliche Aspekte der stationären psychiatrischen
Behandlung von Kindern und Jugendlichen, *ZVW* 2000, 91 ff.
- GETH CHRISTOPHER**, Passive Sterbehilfe, Diss. Basel, 2010
- GIGER BEATRICE**, Zirkumzision – ein gesellschaftliches und strafrechtliches
Tabu, *forumpenale* 2012, 95 ff.
- GLESS SABINE**, Kommentierung zu Art. 139–141 StPO, in: Niggli Marcel
Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar
Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung
(StPO/JStPO), 2. Auflage, Freiburg/Luzern/Basel 2014 (zit. GLESS,
BSK StPO, N ... zu Art. ... StPO)
- GODENZI GUNHILD**, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, Eine Studie
zu strafprozessualen Beweisverboten im schweizerischen und deutschen
Recht, Diss. Zürich 2008

- GUILLOD OLIVER**, Parenté et responsabilité civile: un couple mal assorti? in: Annales de l'Université de Neuchâtel, 1992, 262 ff. (zit. GUILLOD, responsabilité civile)
- GUILLOD OLIVIER**, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalsime?, Diss. Neuchâtel 1986 (zit. GUILLOD, Consentement éclairé)
- GUILLOD OLIVER/MEIER PHILIPP**, Representation privée, mesures tutélaires et soins médicaux, in: Gauch Peter et al. (Hrsg.) Familie und Recht, Festgabe Bernhard Schnyder, Freiburg 1995, 325 ff.
- GULER ALBERT**, Die Aufhebung der elterlichen Obhut (Art. 310 und Art. 314a ZGB), in: ZVW 1996, 121 ff. (zit. GULER, Obhut)
- GULER ALBERT**, Die Beistandschaft nach Art. 308 ZGB (ohne die Themen: Wahrung des Unterhaltsanspruches und Überwachung des persönlichen Verkehrs), in: ZVW 1995, 51 ff. (zit. GULER, Beistandschaft)
- HAAS KATE**, Who will make room for the intersexed?, American Journal of law and medicine 2004, 41 ff.
- HAEFELI CHRISTOPH**, Grundriss zum Erwachsenenschutzrecht mit einem Exkurs zum Kinderschutz, Bern 2013 (zit. HAEFELI, Grundriss Erwachsenenschutzrecht)
- HAEFELI CHRISTOPH**, Wegleitung für vormundschaftliche Organe, 4. vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Luzern/Niederrohrdorf 2005 (zit. HAEFELI, Wegleitung)
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX**, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6., vollständig überarbeitete Auflage, Zürich 2010
- HANGARTNER YVO**, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, II. Sektion, 3.11.2009, Soile Lautsi (in eigenem Namen und im Namen ihrer beiden Kinder Dataico und Sami Albertin) c. Republik Italien (Beschwerde No. 30814/06), Individualbeschwerde gemäss Art. 34 EMRK, AJP 2010, 510 ff.
- HÄNNI PETER/BELSER EVA MARIA**, Die Rechte der Kinder, Zu den Grundrechten Minderjähriger und der Schwierigkeit ihrer rechtlichen Durchsetzung, AJP 1998, 139 ff.
- HÄRING DANIEL**, Kommentierung zu Vor. Art. 142–146, Art. 142–146 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO), Freiburg/Luzern/Basel 2014 (zit. HÄRING, BSK StPO, N ... zu Art. ... StPO)
- HARRIES MARIA/CLAIRE MIKE**, Report for the Western Australian Child Protection Council, Mandatory Reporting of Child Abuse: Evidence and Options, July 2002, Discipline of Social Work & Social Policy, University of Western Australia

- HAUSHEER HEINZ**, Normen mit Verfassungsrang als prägende Gestaltungsfaktoren des Familienlebens bzw. des Familienrechts, ZBJV 2015, 303 ff.
- HAUSHEER HEINZ**, Kommentierung zu Art. 181–251, 454–456 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Auflage, Zürich und St. Gallen 2014 (zit. HAUSHEER, BSK ZGB I, N ... zu Art. ... ZGB)
- HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA**, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2014 (zit. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Erwachsenenschutzrecht)
- HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA**, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Vormundschaftsrecht, eingetragene Partnerschaft, 5., vollständig überarbeitete und aktualisierte Auflage, Bern 2014 (zit. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht)
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA**, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzes, 3. Auflage, Bern 2012
- HÄUSSERMANN-MANGOLD LIESL**, Ästhetische Dermatologie, in: Wienke Albrecht/Eberbach Wolfram/Janke Kathrin (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, Tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin, Köln 2009, 43 ff.
- HEGNAUER CYRIL**, Haften die Eltern für das Wohl des Kindes?, ZVW 2007, 167 ff. (zit. HEGNAUER, Elternhaftung)
- HEGNAUER CYRIL**, Kindesrecht – ein weites Feld in: Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES (Hrsg.), Zeitschrift für Vormundschaftswesen, ZVW 2006, 25 ff. (zit. HEGNAUER, Kindesrecht)
- HEGNAUER CYRIL**, Grundriss des Kindsrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5., überarbeitete Auflage, Bern 1999 (zit. HEGNAUER, Grundriss)
- HEGNAUER CYRIL**, Der Anwalt des Kindes, ZVW 1994, 181 ff. (zit. HEGNAUER, Anwalt des Kindes)
- HENKEL HELMUT**, Die Anordnung von Kinderschutzmassnahmen gemäss Art. 307 rev. ZGB, Diss. Zürich 1977
- HERRMANN BERND/BANASCHAK SYBILLE/DETTMEYER REINHARD/THYEN UTE**, Kindesmisshandlung, Medizinische Diagnostik, Intervention und rechtliche Grundlagen, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg 2010
- HERZIG CHRISTOPH**, Die Partei- und Prozessfähigkeit von Kindern und Jugendlichen sowie ihr Anspruch auf rechtliches Gehör, AJP 2013, 182 ff. (zit. HERZIG, Partei- und Prozessfähigkeit)

- HERZIG CHRISTOPH**, Das Kind in familienrechtlichen Verfahren, Diss. Freiburg 2012 (zit. HERZIG, Verfahren)
- HONSELL HEINRICH/ISENRING BERNHARD/KESSLER MARTIN**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5., neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Zürich und Meilen 2013
- HOTZ SANDRA**, Kommentierung zu Art. 11–27, Art.49–50 SchlT ZGB, in: Bächler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, Zürich 2011 (zit. HOTZ, ZGB KurzKomm, N ... zu Art. ... ZGB)
- HUG MARKUS**, Glaubhaftigkeitsgutachten bei Sexualdelikten gegenüber Kindern, ZstrR 2000, 19 ff.
- HUGHES IEUAN ET AL.**, Consensus statement on management of intersex disorders, Journal of Pediatric Urology 2006, 148 ff.
- HUGUENIN CLAIRE**, Kommentierung zu Art. 19–21 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/ Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Auflage, Basel 2011 (HUGUENIN, BSK OR I, N ... zu Art. ... OR)
- HUGUENIN CLAIRE**, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2014 (zit. HUGUENIN, Obligationenrecht)
- HÜRLIMANN BRIGITTE**, Kind in Not – und wer greift ein?, hill 2013, Nr. 125
- JÄGER PETER/SCHWEITER REGULA**, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflicht und Arztstrafrecht, Mit einem Anhang unveröffentlichter Urteile, 3., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 2012
- JOSITSCH DANIEL**, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Auflage, Zürich 2013
- JUD ANDREAS/LIPS ULRICH**, Kinderschutz: Merkmale von Fällen am Kinderspital Zürich mit zivil- und strafrechtlichen Interventionen, ZVW 2008, 439 ff.
- JÜRGENSEN MARTINA/HIORT OLAF/THYEN UTE**, Kinder und Jugendliche mit Störungen der Geschlechtsentwicklung, Psychosexuelle und soziale Entwicklung und Herausforderungen bei der Versorgung, Zeitschrift für Kinder- und Jugendmedizin 2008, 226 ff.
- KATZENMEIER CHRISTIAN**, Aufklärungspflicht und Einwilligung in: Laufs Adolf/Katzenmeier Christian/Lipp Volker, Arztrecht, 7., völlig neu überarbeitete Auflage, Köln/Göttingen/Heidelberg 2015, 103 ff. (zit. KATZENMEIER, Aufklärungspflicht und Einwilligung)
- KATZENMEIER CHRISTIAN**, Berufsgeheimnis und Dokumentation, in: Laufs Adolf/Katzenmeier Christian/Lipp Volker, Arztrecht, 7., völlig neu überarbeitete Auflage, Köln/Göttingen/Heidelberg 2015, 303 ff. (zit. KATZENMEIER, Berufsgeheimnis und Dokumentation)

- KELLER KARIN**, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB: unter besonderer Berücksichtigung der Regelung im Kt. Zürich, Diss. Zürich 1993
- KELLY RAINA**, Giving the gift of Rhynoplasty, Newsweek, 17. November 2003, 142, 76 ff.
- KERN BERND-RÜDIGER**, Die Pflichten des Arztes aus Behandlungsübernahme und Behandlungsvertrag, in: LAUFS ADOLF/KERN BERND-RÜDIGER, Handbuch des Arztrechts, 4., neubearbeitete Auflage, München 2010, 647 ff.
- KERNER ROLAND**, Kommentierung zu Art. 177–181 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO), Freiburg/Luzern/Basel 2014 (zit. KERNER, BSK StPO, N ... zu Art. ... StPO)
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER**, Grundrechte, 2. Auflage, Bern 2013
- KIND CHRISTIAN**, Kritische Fragen an das Entscheidungsmodell, Das Zürcher Modell aus der Sicht eines aussenstehenden Neonatologen, in: Dialog Ethik, Bern 2002, 145 ff. (zit. KIND, Kritische Fragen)
- KIND CHRISTIAN**, Ethische Überlegungen als besondere Herausforderung für den Geburtshelfer und den Neonatologen, Gynäkologe 2001, 744 ff. (zit. KIND, Ethische Überlegungen)
- KIND CHRISTIAN**, Ethische Probleme in der Neonatologie, in: Bondolfi Alberto/Müller Hansjakob (Hrsg.), Medizinische Ethik im ärztlichen Alltag, Unter dem Patronat der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften und der Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte FMH, Basel/Bern 1999, 237 ff. (zit. KIND, Ethische Probleme)
- KOLBE ANGELA**, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, Diss. Mörfelden 2010
- KOLLER HEINRICH/WYSS MARTIN PHILIPP**, «Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ...», Verfassungsrechtliche Überlegungen zu Art. 11 Abs. 1 BV, in: Geiser Thomas et al. (Hrsg.), Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Festschrift für Heinz Hausheer, Bern 2002, 435 ff.
- KORBIN JILL**, Child Abuse and Neglect: Cross-Cultural Perspectives, Berkeley 1981
- KOSTKA KERIMA**, Im Interesse des Kindes? Elterntrennung und Sorgerechtsmodelle in Deutschland, Grossbritannien und den USA, Diss. Frankfurt 2004

- KRAMER ERNST**, Kommentierung zu Art. 19-22 OR, in: Meyer-Hayoz Arthur (Hrsg.), Berner Kommentar, Bern 1991 (zit. KRAMER, BK, N ... zu Art. ... OR)
- KRASNIQI MANUELA**, Gewalt und Vernachlässigung in der Familie – Bundesrat will Kantone bei der Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe unterstützen, ZKE 2013, 36 ff.
- KRAUSKOPF PATRICK**, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg/Bern 1999
- KRÖGER NICOLAUS**, Allogene Stammzelltherapie – Grundlagen, Indikationen und Therapien, Bremen 2004
- KRUMMENACHER-EGLOFF BETTINA**, Wenn Eltern den Tod der eigenen Kinder in Kauf nehmen, am Beispiel der ausschliesslich veganen Ernährung und der Verweigerung schulmedizinischer Behandlung von Kindern durch ihre Eltern, Masterarbeit an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern, Beinwil 2012
- KUHN MATHIAS**, Das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, Recht 2014, 218 ff.
- KUHN MORITZ**, Arzt und Haftung aus Kunst- und Behandlungsfehlern, in: Kuhn Moritz/Poledna Tomas (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Auflage, Zürich 2007, 601 ff.
- LACHENMEIER PASCAL**, Die Anwendung «nicht zugelassener» Arzneimittel in der Krebstherapie nach schweizerischem Recht («off-label use»), Jusletter, 11. Mai 2009
- LAETSCH DAVID/HAURI ANDREAS/JUD ANDREAS/ROSCH DANIEL**, Ein Instrument zur Abklärung des Kindeswohls – spezifisch für die deutschsprachige Schweiz, in: Affolter Kurt/Fossard Gabriel (Hrsg.), ZKE 2015, 1 ff.
- LANDOLT HARDY**, Angehörigenschaden: Reflex- oder Direktschaden oder sogar beides? HAVE 2009, 3 ff. (zit. LANDOLT, Angehörigenschaden)
- LANDOLT HARDY**, Grundlagen des Impfrechts, unter besonderer Berücksichtigung der Haftung für Infektionsschäden, AJP 2004, 280 ff. (zit. LANDOLT, Grundlagen)
- LANDOLT HARDY**, Baby Boy und der kategorische Imperativ: Ein Beitrag zur haftpflichtrechtlichen Problematik des pränatalen Schadens und der Familienhaftung, ZSR 2003, 185 ff. (zit. LANDOLT, Familienhaftung)
- LANG CLAUDIA**, Intersexualität. Menschen zwischen den Geschlechtern, Diss. Frankfurt 2006
- LAUFS ADOLF**, Wesen und Inhalt des Arztrechts, in: Laufs Adolf/Katzenmeier Christian/Lipp Volker (Hrsg.), Arztrecht, 7., völlig neu bearbeitete Auflage, Köln/Göttigen/Heidelberg 2015, 3 ff. (zit. LAUFS, Arztrecht)

- LAUFS ADOLF**, Die ärztliche Aufklärungspflicht, in: Laufs Adolf/Kern Bernd-Rüdiger (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4., neu bearbeitete Auflage, München 2010, 703 ff. (zit. LAUFS, Ärztliche Aufklärungspflicht)
- LEITZMANN CLAUD/KELLER MARKUS/HAHN ANDREAS**, Alternative Ernährungsformen, Stuttgart 1999
- LIPP VOLKER**, Ärztliches Berufsrecht, in: Laufs Adolf/Katzenmeier Christian/Lipp Volker (Hrsg.), Arztrecht, 7., völlig neu bearbeitete Auflage, Köln/Göttingen/Heidelberg 2015, 29 ff.
- LIPS ULRICH**, III. Kindes- und Erwachsenenschutz: Medizinische, sozialarbeiterische, rechtliche Bezüge / Kinderschutz und Medizin, in: Rosch Daniel/Wider Diana (Hrsg.), Zwischen Schutz und Selbstbestimmung – Festschrift für Prof. Christoph Häfeli zum 70. Geburtstag, Bern 2013, 103 ff. (zit. LIPS, Kinderschutz und Medizin)
- LIPS ULRICH**, Kindesmisshandlung – Kinderschutz, Ein Leitfaden zu Früherfassung und Vorgehen in der ärztlichen Praxis, in: Stiftung Kinderschutz Schweiz (Hrsg.), Kindesmisshandlung – Kinderschutz, Bern 2011 (zit. LIPS, Leitfaden)
- LIPS ULRICH**, Prävention und Früherfassung von Kindsmisshandlung – ein Gebot der Stunde, Schweizerische Ärztezeitung 2011, 400 ff. (zit. LIPS, Prävention und Früherfassung)
- LOPPACHER BARBARA**, Erziehung und Strafrecht, Unter besonderer Berücksichtigung der Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht, Diss. Zürich 2011
- LORZ SIGRID**, Arzthaftung bei Schönheitsoperationen, Diss. Erlangen 2006
- LÜCKER-BABEL MARIE-FRANCOISE**, Inhalt, soziale und rechtliche Bedeutung und Auswirkung der UNO-Kinderrechtskonvention, in: Gerber Jenni Regula/Hausammann Christina, Die Rechte des Kindes, Das UNO-Übereinkommen und seine Auswirkungen auf die Schweiz, Basel/Genf/München 2001, 9 ff.
- LUSTENBERGER MARKUS**, Die Fürsorgerechte Freiheitsentziehung bei Unmündigen unter elterlicher Gewalt (Art. 310/Art. 314a ZGB), Diss. Freiburg 1987
- MAEDER STEFAN**, Kommentierung zu Art. 137–140 (inkl. Vor.), 141^{bis}, 142, 145, 158, 159, 161^{bis}, 162, Vor. 8. Titel, 231, 314, 325, 332 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 3. Auflage, Freiburg/Luzern 2013 (zit. MAEDER, BSK StGB II, N ... zu Art. ... StGB)

- MAFFEZZONI MARCO/WUNDER KLAUS/BAUMANN-HÖLZLE RUTH/STOLL FRANCOIS**, Eine Evaluationsuntersuchung des Entscheidungsmodells an der Klinik für Neonatologie in Zürich, in: Dialog Ethik (Hrsg.), Leben um jeden Preis?, Entscheidungsfindung in der Intensivmedizin, Bern 2004, 189 ff.
- MAIO GIOVANNI**, Die Zahnmedizin zwischen Heilkunde und Beauty-Industrie, Zu den ethischen Unzulänglichkeiten des Ästhetik Booms in der Zahnheilkunde, Schweizer Monatsschrift für Zahnmedizin 2009, 47 ff.
- MANAI DOMINIQUE**, Droits du patient face à la biomédecine, Bern 2013 (zit. MANAI, Droits du patient)
- MANAI DOMINIQUE**, Pouvoir parental et droit médical, FamPra.ch 2002, 197 ff. (zit. MANAI, Pouvoir parental)
- MANNSDORFER THOMAS**, Haftung für perinatale Schädigung im medizinischen Bereich, HAVE 2003, 101 ff.
- MARTI MARIO/STRAUB PHILIPP**, Arzt und Berufsrecht, in: Kuhn Moritz W./Poledna Tomas (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007, 233 ff. (zit. MARTI/STRAUB, Arzt und Berufsrecht)
- MATT EVA**, Das Recht auf eine offene Zukunft. Überlegungen zur medizinischen Normalisierung intersexueller Kinder, Juridikum 2006, 144 ff.
- MEIER PHILIPPE**, Perte du discernement et planification du patrimoine – droit actuel et droit futur, in: Baddeley Margareta/Foex Benedict (Hrsg.), La planification du patrimoine, Journée de droit civil 2008, En l'honneur du Professeur Bucher, Genf/Zürich/Basel 2009, 39 ff. (zit. MEIER, discernement)
- MEIER PHILIPPE**, La position des personnes concernées dans les procédures de protection des mineurs et des adultes – Quelques enseignements de la jurisprudence fédérale récente, ZVW 2008, 399 ff. (zit. MEIER, protection)
- MENNEMEYER SIEGFRIED**, Haftung ohne Grenzen?, in: Lifestyle-Medizin – von der medizinischen Indikation zum modischen Trend, 22. Kölner Symposium der Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht, Berlin/Heidelberg 2012, 47 ff.
- MERTENS SENN EDITH**, Vermittlung im Sühneverfahren vor dem Hintergrund der Mediation, Eine Untersuchung des friedensrichterlichen Streitbeilegungskonzepts in schweizerischer Theorie und Praxis, Diss. Luzern 2007
- MICHEL MARGOT**, Rechte von Kindern in medizinischen Heilbehandlungen, Diss. Jona 2009 (zit. MICHEL, Rechte von Kindern)

- MICHEL MARGOT**, Zwischen Autonomie und fürsorglicher Fremdbestimmung: Partizipationsrechte von Kindern und Jugendlichen im Bereich medizinischer Heilbehandlungen, FamPra.ch 2008, 243 ff. (zit. MICHEL, Autonomie)
- MICHEL MARGOT**, Der Fall Ashley oder von Grenzen und Masstäben elterlicher Entscheidungskompetenz, in: Dörr Bianka/Michel Margot (Hrsg.), Biomedizinrecht, Herausforderungen – Entwicklungen – Perspektiven, Zürich 2007, 141 ff. (zit. MICHEL, Ashley)
- MIETH DIEGO**, Das sehr kleine Frühgeborene, Ethische Fragen aus der Sicht eines Neonatologen, in: Dialog Ethik (Hrsg.), An der Schwelle zum eigenen Leben, Lebensentscheide am Lebensanfang bei zu früh geborenen, kranken und behinderten Kindern in der Neonatologie, Bern 2002, 47 ff.
- MONA MARTIN/RINGELMANN CHRISTOPH**, Sterbehilfe bei behinderten Kindern, in: Sprecher Franziska/Sutter Patrick (Hrsg.), Das behinderte Kind im schweizerischen Recht, Mannheim/Merlischachen 2006, 287 ff.
- MÖSCH PAYOT PETER**, Rechtliche Rahmenbedingungen für freiheitsbeschränkende Massnahmen im Heimbereich, ZKE 2014, 5 ff. (zit. MÖSCH PAYOT, Heimbereich)
- MÖSCH PAYOT PETER**, Zwischen Elternrechten und Kindeswohl, hill 2012, Nr. 35 (zit. MÖSCH PAYOT, Kindeswohl)
- MÖSCH PAYOT PETER/ROSCHE DANIEL**, Kommentierung zu Art. 454–456 ZGB, in: Buehler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 1. Auflage, Zürich 2011 (zit. MÖSCH PAYOT/ROSCHE, KurzKomm ZGB, N ... zu Art. ... ZGB)
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS**, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO Pakte, Bern 2008
- NAEF JUDITH**, Kulturwandel – Rechtliche Herausforderungen für ethische Entscheidungsfindung im Gesundheitswesen, in: Baumann-Hölzle Ruth/Arn Christoph (Hrsg.), Ethiktransfer in Organisationen, Handbuch Ethik im Gesundheitswesen 3, Zürich 2009, 101 ff.
- NÄGELI MAX**, Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 1984
- NAGUIP TAREK**, Migration, in: Naguip Tarek/Pärli Kurt/Copur Eylem/Studer Melanie (Hrsg.), Diskriminierungsrecht Handbuch für Jurist/innen, Berater/innen, Expertinnen, Bern 2014, 325 ff.
- NEITZKE GERALD**, Confidentiality, Secrecy, and Privacy in Ethics Consultation, HEC Forum 2007, 293 ff.

- NETT JACHEN C./SPRATT TREVOR**, Kindesschutzsysteme: Ein internationaler Vergleich der «Good Practice» aus fünf Ländern (Australien, Deutschland, Finnland, Schweden und Vereinigtes Königreich) mit Schlussfolgerungen für die Schweiz, in: Schweizerischer Fonds für Kinderschutzprojekte (Hrsg.), August 2012
- NIETHAMMER DIETRICH**, Soll man mit schwerkranken Kindern über den Tod reden? ZfmE, Freiburg 2005, 115 ff. (zit. NIETHAMMER, Kinder)
- NIETHAMMER DIETRICH**, Kinder im Angesicht des Todes, in: Wiesemann Claudia/Dörries Andrea/Wolfslast Gabriele/Simon Alfred (Hrsg.), Das Kind als Patient, Ethische Konflikte zwischen Kindeswohl und Kindeswille, Göttingen 2003, 92 ff. (zit. NIETHAMMER, Angesicht)
- OBERHOLZER NIKLAUS**, Grundzüge des Strafprozessrechts, St. Gallen 2012 (zit. OBERHOLZER, Grundzüge Strafprozessrecht)
- OBERHOLZER NIKLAUS**, Kommentierung zu Art.320–321^{ter} StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 3. Auflage, Freiburg, Luzern 2013 (zit. OBERHOLZER, BSK StGB II, N ... zu Art. ... StGB)
- OERTLE MARKUS**, Befragung von Kindern im Strafverfahren, Spannungsfeld zwischen Wahrheitsermittlung und Opferschutz, ZStR 2009, 258 ff.
- OFTINGER KARL/STARK EMIL**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. Auflage, vollständig überarbeitete Auflage, Zürich 1987
- OMLIN ESTHER**, Kommentierung zu Art. 308–315 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Freiburg/Luzern/Basel 2014 (zit. OMLIN, BSK StPO, N ... zu Art. ... StPO)
- PACKMANN WENDY ET AL.**, Psychological effects of hematopoietic SCT on pediatric patients siblings and parents: a review, Bone Marrow Transplantation 2010, 1134 ff.
- PALLUA NORBERT/VEDECNIK STEFANIE**, Ästhetische Chirurgie: Qualitätssicherung dringend erforderlich, Deutsches Ärzteblatt 2005, 102 ff.
- PALLY HOFMANN URSINA**, Recht in der Geburtshilfe – Ein Leitfaden für den medizinischen Berufsalltag mit Schwangeren, Gebärenden und Wöchnerinnen, Zürich 2013 (zit. PALLY HOFMANN, Medizinischer Berufsalltag)

- PALLY HOFMANN URSINA**, *Arzthaftung mit den Schwerpunkten Schwangerschafts-betreuung und Geburtshilfe*, Diss. Zürich 2007 (zit. PALLY HOFMANN, *Arzthaftung*)
- PAYLLIER PASCAL**, *Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, unter besonderer Berücksichtigung der spitalärztlichen Aufklärung*, Diss. Zürich 1998
- PELET ODILE**, *Médecin esthétique et obligation de résultat*, in: Fuhrer Stephan/Chappuis Christine (Hrsg.), *Haftpflicht- und Versicherungsrecht*, Bern 2012, 311 ff.
- PETER JAMES**, *Gerichtsnahe Mediation, Kommentar zur Mediation in der ZPO*, Bern 2011
- PETERMANN FRANK THOMAS**, *Off-Label*, *hill* 2007, Nr. 2
- PORZ ROUVEN**, *Ethikberatung im Spital – Einige Überlegungen*, *SGBE–Bulletin* 2010, Nr. 60, 4 ff.
- RAMSAUER TANJA/FREWER ANDREAS**, *Ethikberatung in der Neonatologie, Handlungsdilemmata aus zehn Jahren Praxis eines klinischen Ethikkomitees*, *ZfmE* 2012, 207 ff.
- RAMSEIER FRITZ/MÜNGER DANIEL**, *Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (KESR) – Erste Erfahrungen*, *PSY Bulletin* 4/2013, 3 f.
- REUSSER RUTH**, *Kommentierung zu 14 BV in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer/Vallender Klaus (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 3. Auflage 2014, St. Gallen 2014 (zit. REUSSER, *Komm BV, N ... zu Art. ... BV*)*
- REY HEINZ**, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4., überarbeitete und ergänzte Auflage*, Zürich 2007
- RICHTER-APPELT HERTHA**, *Medizinische und psychosoziale Aspekte der Intersexualität. Ergebnisse der Hamburger Katemnesestudie bei erwachsenen Personen mit verschiedenen Formen der Intersexualität in: Groneberg Michael/Zehnder Kathrin (Hrsg.), «Intersex». Geschlechtsanpassung zum Wohl des Kindes? Erfahrungen und Analysen*, Freiburg 2012, 53 ff
- RIEDER HEIKE**, *Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht, Eine Auseinandersetzung mit dem Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen im medizinischen Bereich*, Diss. Zürich 2006
- RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER**, *Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen*, Freiburg 2011
- RIEMER HANS MICHAEL**, *Die Vertretung bei der Ausübung von Rechten, die unmündigen oder einer unter vormundschaftlichen Massnahme stehenden Personen «um ihrer Persönlichkeit willen zustehen»*, *ZVW* 1998, 216 ff.

- ROBERTO VITO**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002
- ROGGO ANTOINE**, Aufklärung des Patienten – Eine ärztliche Informationspflicht, Diss. Bern 2002
- ROSCH DANIEL**, Melderechte, Melde- und Mitwirkungspflichten, Amtshilfe: die Zusammenarbeit mit der neuen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, FamPra.ch 2012, 1020 ff. (zit. ROSCH, Zusammenarbeit)
- ROSCH DANIEL**, Die fürsorgerische Unterbringung im revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, AJP 2011, 505 ff. (zit. ROSCH, Fürsorgerische Unterbringung)
- ROSCH DANIEL**, Kommentierung zu Art. 382–387, 452, 453, 454–456 ZGB, in: Rosch Daniel/Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Erwachsenenschutzrecht, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, Bern/Luzern/Zürich 2014 (zit. ROSCH, Komm Erwachsenenschutz, N ... zu Art. ... StGB)
- ROTH ANDREAS/BERKEMEIER ANNE**, Kommentierung zu Art. 122, 123, 125 und 126 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 3. Auflage, Freiburg/Luzern 2013 (ROTH/BERKEMEIER, BSK StGB II, N ... zu Art. ... StGB)
- ROTHÄRMEL SONJA**, Rechtsfragen klinischer Ethikberatung, in: Dörries Andrea/Neitzke Gerald/Simon Alfred/Vollmann Jochen (Hrsg.), Ein Praxisbuch für Krankenhäuser und Einrichtungen der Altenpflege, Stuttgart 2010, 178 ff. (ROTHÄRMEL, Rechtsfragen)
- ROTHÄRMEL SONJA ET AL.**, Patientenaufklärung, Informationsbedürfnis und Informationspraxis in der Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie. Eine interdisziplinäre Untersuchung zu Partizipationsrechten minderjähriger Patienten unter besonderer Berücksichtigung der Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie, Ethik Med 2007, 76 ff.
- ROTHÄRMEL SONJA**, Rechtsfragen der medizinischen Intervention bei Intersexualität, MedR 2006, 274 ff. (zit. ROTHÄRMEL, Intersexualität)
- ROTHÄRMEL SONJA**, Einwilligung, Veto, Mitbestimmung: die Geltung der Patientenrechte Minderjähriger, Diss. Giessen 2004 (zit. ROTHÄRMEL, Patientenrechte Minderjähriger)

- ROTHÄRMEL SONJA**, Perinatale Sterbebegleitung eines schwerstbehinderten Kindes bei infauster Prognose der extrauterinen Lebensfähigkeit – Welchen Stellenwert hat der Elternwille im stationären Klinikalltag? Fallkommentar, *Ethik Med* 2001, 193 ff. (zit. ROTHÄRMEL, Sterbebegleitung)
- ROTHÄRMEL SONJA/WOLFSLAST GABRIELE/FEGERT JÖRG MICHAEL**, Informed Consent, ein kinderfeindliches Konzept? Von der Benachteiligung minderjähriger Patienten durch das Informed Consent-Konzept am Beispiel der Kinder und Jugendpsychiatrie, *MedR* 1999, 293 ff.
- RUCKSTUHL NIKLAUS/DITTMANN VOLKER/ARNOLD JÖRG**, Strafprozessrecht unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Allschwil 2011
- RÜETSCHI DAVID**, Ärztliches Standesrecht in der Schweiz – Die Bedeutung der Medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften, in: Witt Carl-Heinz et al. (Hrsg.), *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2002, Die Privatisierung des Privatrechts, Rechtliche Gestaltung ohne staatlichen Zwang, Heidelberger Tagung 4.–7. September 2002, 231 ff.
- RUMETSCH VIRGILIA**, Selbst- und Fremdbestimmungsrechte bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen am Lebensende und bei Eingriffen an Minderjährigen zur Vornahme fremdnütziger lebensrettender Massnahmen, in: Hafner Felix/Sellmann Kurt/Widmer Lüchinger Corinne (Hrsg.), *Selbstbestimmung an der Schwelle zwischen Leben und Tod*, Basel 2014, 109 ff. (zit. RUMETSCH, Selbst- und Fremdbestimmungsrechte)
- RUMETSCH VIRGILIA**, Medizinische Eingriffe bei Minderjährigen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Schweizer und deutschen Recht, Diss. Basel 2012 (zit. RUMETSCH, Medizinische Eingriffe)
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA**, Selbstbestimmung Minderjähriger in der Psychotherapie, in: Büchler Andrea/Müller-Chen Markus (Hrsg.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, *Private Law (Band I) – national global comparative (Band II)*, Bern 2011, 1465 ff.
- RYSER BÜSCHI NADINE**, Familiäre Gewalt an Kindern, Eine Untersuchung der Umsetzung der staatlichen Schutzpflichten im Strafrecht, Diss. Zürich 2012
- SÄFKERN CHRISTIAN**, Die Haftung des Klinischen Ethikkomitees für Beratungsfehler, Ethikberatung und Recht, in: Frewer Andreas/Bruns Florian/May Arnd T. (Hrsg.), *Ethikberatung in der Medizin*, Erlangen-Nürnberg 2011, 196 ff.

- SALATHÉ MICHELLE, AMSTAD HERMANN, JÜNGER MARIT, LEUTHOLD MARGRIT, REGAMEY CLAUDE**, Institutionalisierung der Ethikberatung an Akutspitälern, psychiatrischen Kliniken, Pflegeheimen und Einrichtungen der Rehabilitation der Schweiz: Zweite Umfrage der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften, *Bioethica Forum* 2008, 8 ff.
- SAVIOZ FLORENCE/BRIOSCHI NATALIE/SCHWAB DELPHINE ROULET/KNÜSEL RENÉ**, in Zusammenarbeit mit Jean Jacques Cheseaux und Pierre André Nicod, Vorstellungen und Vorgehensweise oder Kinderärzte bezüglich Kindesmisshandlungen im Kanton Waadt, *Paediatrica* 3/2012, 14 ff.
- SCHELLING PHILIP/ERLINGER RAINER**, Aufklärung über Behandlungsalternativen, *MedR* 2003, 331 ff.
- SCHLATTER CHRISTINA**, Lebenserhaltung in der Neonatologie, Entscheidungsbefugnis, Entscheidungsfindung, Entscheidungsverantwortung, Diss. Zollikerberg 2014
- SCHLEIMINGER METTLER DORRIT**, Kommentierung zu Art. 147–148 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans, *Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO)*, 2. Auflage, Freiburg/Luzern/Basel 2014 (zit. SCHLEIMINGER METTLER, BSK StPO, N ... zu Art. ... StPO)
- SCHMID CONY**, Sexuelle Übergriffe an Kindern und Jugendlichen in der Schweiz, Formen, Verbreitung, Tatumstände, in: UBS Optimus Foundation (Hrsg.), Februar 2012 (zit. SCHMID CONY)
- SCHMID HERMANN**, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Bern 2010 (zit. SCHMID HERMANN, Komm Erwachsenenschutz, N ... zu Art. ... ZGB)
- SCHMID JÖRG**, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419–Art. 424 OR, Teilband V 3a, 3. Auflage, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), *Obligationenrecht, Zürcher Kommentar zur 1. und 2. Abteilung*, Zürich 1993 (zit. SCHMID JÖRG, ZK, N ... zu Art. ... OR)
- SCHMID NIKLAUS**, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 2. Auflage, Zollikerberg, August 2013 (zit. SCHMID NIKLAUS, Strafprozessrecht)
- SCHMID NIKLAUS**, *Schweizerische Strafprozessordnung (StPO Kommentar), Praxiskommentar*, 2. Auflage, Zollikerberg 2013 (zit. SCHMID NIKLAUS, PraxKomm StPO, N ... zu Art. ... StPO)
- SCHNYDER FRANZISKA/RYSER BÜSCHI NADINE**, Die Aufhebung des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts, *FamPra.ch* 2013, 623 ff.

- SCHÖBI FELIX**, Die Haftung der Eltern für das Wohl des Kindes, in: Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Bundesamtes für Justiz (Hrsg.), Aus der Werkstatt des Rechts, Festschrift zum 65. Geburtstag von Heinrich Koller, Basel 2006, 97 ff.
- SCHÖNI NOËMI**, Zulässigkeit von Placebos in der Humanmedizin nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 2014
- SCHWEIGHAUSER JONAS**, Kommentierung zu Anhang ZPO Art. 295-302 ZPO, in: Schwenzer Ingeborg (Hrsg.), FamKomm Scheidung, Band II, Anhänge, 2. Auflage, Bern 2010 (zit. SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung, N ... zu Art. ... ZPO)
- SCHWEIZER RAINER J./VAN SPYK BENEDIKT**, Arzt und Forschung, in: Kuhn Moritz W./Poledna Tomas (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007, 535 ff.
- SCHWENZER INGEBORG**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6., überarbeitete Auflage, Bern 2012 (zit. SCHWENZER, Obligationenrecht)
- SCHWENZER INGEBORG**, Gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern für unmündige Kinder – Notwendigkeit oder Relikt patriarchalischer Familienstruktur?, in: Gauch (Hrsg.), Familie und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, 679 ff. (zit. SCHWENZER, Vertretungsmacht)
- SCHWENZER INGEBORG**, Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, AJP 1994, 817 ff. (zit. SCHWENZER, KRK und schweizerisches Kindesrecht)
- SCHWENZER INGEBORG/COTTIER MICHELLE**, Kommentierung von Vor Art. 252–359, 252–263, 271–275a, Vor Art. 296–306, 296–306 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Zürich und St. Gallen August 2014 (zit. SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N ... zu Art. ... ZGB)
- SEELMANN KURT**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. aktualisierte Auflage, Basel 2012 (zit. SEELMANN, Allgemeiner Teil)
- SEELMANN KURT**, Drittnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen, in: Donatsch/Forster/Schwarzenegger (Hrsg.), Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 569 ff. (zit. SEELMANN, Drittnützige Forschung)

- SEELMANN KURT**, Kommentierung zu Art. 11, 14–18 StGB, in: Niggli Marcel/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Auflage, Freiburg/Luzern 2013 (zit. SEELMANN, BSK StGB I, N ... zu Art. ... StGB)
- SEIFERT BRIGITTE/KREXA BENJAMIN/KÜHNEL SYBILLE/BAREISS MARKUS**, Leitfaden zur Erstellung psychologisch-psychiatrischer Gutachten bei Fragen zum Kindeswohl, FamPra.ch 2015, 118 ff.
- SHAHA MAYA**, Pflege und Recht in Bezug auf Geschlechtsvarianten, Pflegerecht –Pflegerwissenschaft 2013, 130 ff.
- SIEGLE NADINE**, Der Einfluss des europäischen Prinzips der Familienversicherung auf das schweizerische Krankenversicherungsrecht, SZS 2014, 310 ff.
- SIMON ALFRED**, Qualitätssicherung und Evaluation von Ethikberatung, in: Dörries Andrea/Neitzke Gerald/Simon Alfred/Vollmann Jochen (Hrsg.), Klinische Ethikberatung, Ein Praxisbuch für Krankenhäuser und Einrichtungen der Altenpflege, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Stuttgart 2010, 163 ff. (zit. SIMON, Qualitätssicherung und Evaluation)
- SIMON ALFRED**, Ethische Probleme am Lebensende, in: Schulz Stefan/Steigleder Klaus/Fangerau Heiner/Paul Norbert W. (Hrsg.), Geschichte, Theorie und Ethik in der Medizin, Eine Einführung, Bochum/Düsseldorf/Mainz 2006, 446 ff. (zit. SIMON, Ethische Probleme)
- SIMON ALFRED**, Die Bedeutung von und der Umgang mit Patientenverfügungen in der Praxis: Ergebnisse und Befragungen mit Interpretationen, in: Meier Christoph et al. (Hrsg.), Patientenverfügung: Ausdruck der Selbstbestimmung – Auftrag und Fürsorge, Stuttgart 2005, 8 ff. (zit. SIMON, Bedeutung und Umgang)
- SPICKHOFF ANDREAS**, Die Eingriffsindikation im Wandel der Zeit – aus der Sicht eines Juristen, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht (Hrsg.), Lifestyle-Medizin – von der medizinischen Indikation zum modischen Trend, Berlin/Heidelberg 2012, 11 ff.
- SPRECHER FRANZISKA**, Patientenrechte Urteilsunfähiger, Veto- und Partizipationsrechte Urteilsunfähiger in medizinischen Angelegenheiten und ihre (spezialgesetzliche) Regelung im schweizerischen Recht, FamPra.ch 2011, 270 ff. (zit. SPRECHER FRANZISKA, Patientenrechte Urteilsunfähiger)
- SPRECHER FRANZISKA**, Bald mehr und sicherere Arzneimittel für Kinder? Die Revision des Heilmittelgesetzes bringt im Bereich der Kinderarzneimittel eine Anpassung an europäische Standards, Jusletter, 18. Januar 2010 (zit. SPRECHER FRANZISKA, Arzneimittel)

- SPRECHER FRANZISKA**, Medizinische Forschung mit Kindern und Jugendlichen nach schweizerischem, deutschen, europäischen und internationalem Recht, Diss. Berlin/Heidelberg 2007 (zit. SPRECHER FRANZISKA, Forschung mit Kindern)
- SPRECHER FRANZISKA**, Die medizinische Forschung mit behinderten Kindern, in: Sprecher Franziska/Sutter Patrick (Hrsg.), Das behinderte Kind im schweizerischen Recht, 2006, 236 ff. (zit. SPRECHER FRANZISKA, behinderte Kinder)
- SPRECHER FRANZISKA/VAN SPYK BENEDIKT**, Regelungsbedarf im Bereich experimenteller Einzelfallbehandlungen an Patienten, Jusletter, 31. Januar 2011
- SPRECHER THOMAS**, Art. 261–269 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/Chur 2013 (zit. SPRECHER THOMAS, BSK ZPO, N ... zu Art. ZPO)
- STARK BJÖRN**, Ästhetische Chirurgie, Ethische Aspekte aus Sicht des Facharztes für plastische Chirurgie, ZfmE 2006, 103 ff.
- STAUB LISELOTTE**, Pflichtmediation im Kinderschutz – Möglichkeiten und Grenzen, Ein Kommentar zum Urteil des Zürcher Obergerichts vom 14. Mai 2007 (NX070006/U), ZVW 2008, 431 ff.
- STECK DANIEL**, Kommentierung zu Art. 444–447, 450–450g ZGB und Art. 14 und 14a SchlT ZGB, in: Rosch Daniel/Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, Bern/Luzern/Zürich 2014 (zit. STECK, Komm Erwachsenenschutz, N ... zu Art. ... ZGB)
- STECK DANIEL**, Kommentierung Vorbem. Art. 443–450g, Art. 443–450g ZGB, in: Büchler Andrea/Häfeli Christoph/Leuba Audrey/Stettler Martin (Hrsg.), FamKomm Erwachsenenschutz, Bern 2013 (zit. STECK, FamKomm Erwachsenenschutz, N ... zu Art. ... ZGB)
- STECK DANIEL**, Kommentierung zu Art. 382–387, 450 und 450a ZGB, in: Geiser Thomas/Reusser Ruth (Hrsg.), Basler Kommentar Erwachsenenschutz, St. Gallen und Bern 2012 (zit. STECK, BSK Erwachsenenschutz, N ... zu Art. ... ZGB)
- STECK DANIEL**, Kommentierung zu Art. 443–450f ZGB inkl. Vorb. Art. 443 ff. ZGB, in: Breitschmid Peter/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2. Auflage, Zürich 2012 (zit. STECK, HandKomm, N ... zu Art. ... ZGB)

- STECK DANIEL**, Kommentierung zu Art. 295-304 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/Chur 2010 (zit. STECK, BSK ZPO, N ... zu Art. ... ZPO)
- STECK DANIEL**, Erfahrungen mit der Kindesanhörung, FamPra.ch 2001, 720 ff. (zit. STECK, Kindesanhörung)
- STEURER MARTINA/BERGER THOMAS**, Spezifische ethische Konflikte in der pädiatrischen und neonatologischen Intensivmedizin, in: Salomon Fred (Hrsg.), Praxisbuch Ethik in der Intensivmedizin, Konkrete Entscheidungshilfen in Grenzsituationen, 2., aktualisierte und erweiterte Auflage, Berlin 2012, 163 ff.
- STRATENWERTH GÜNTER**, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4., neubearbeitete Auflage, Basel 2011
- STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG**, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Auflage, Dezember 2012 (zit. STRATENWERTH/WOHLERS, HandKomm, N ... zu Art. ... StGB)
- STREULI JÜRIG/STAUBLI GEORG/PFÄNDLER-POLETTI MARLIS/BAUMANN-HÖLZLE RUTH/ERSCH JÖRG**, Five-year experience of clinical ethics consultations in a pediatric teaching hospital, European Journal of Pediatrics 2014, 629 ff.
- STUDER MELANIE/COPUR EYLEM**, Selbstbestimmte Geschlechtsidentität, in: Naguip Tarek/Pärli Kurt/Copur Eylem/Studer Melanie (Hrsg.), Diskriminierungsrecht Handbuch für Jurist/innen, Berater/innen und Diversity-Expert/innen, Bern 2014, 53 ff.
- SUTTER PATRICK**, Die wichtigsten völkerrechtlichen Rechtsquellen, in: Sprecher Franziska/Sutter Patrick (Hrsg.), Das behinderte Kind im schweizerischen Recht, 2006, 21 ff.
- TAG BRIGITTE**, Strafrecht im Arztalltag, in: Kuhn Moritz W./Poledna Tomas (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, 669 ff.
- TAUPITZ JOCHEN**, Drittnützige Forschung mit Kindern: Instrumentalisierung Wehrloser?, Zeitschrift für Biopolitik 2004, 37 ff. (zit. TAUPITZ, Drittnützige Forschung)
- TAUPITZ JOCHEN/BREWE MANUELA/SHELLING HOLGER**, Landesbericht Deutschland, in: Taupitz Jochen (Hrsg.), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung? Mannheim 2001, 409 ff.
- TAUPITZ JOCHEN**, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, Gutachten A für den 63. Deutschen Juristentag, München 2000 (zit. TAUPITZ, Patientenautonomie)

- THOMMEN MARC**, Einwilligungsunfähige Organspender, in: Becchi Paolo/Bondolfi Alberto/Kostka Ulrike/Seelmann Kurt (Hrsg.), Ethik und Recht, Die Zukunft der Transplantation von Zellen, Geweben und Organen, Basel 2005, 159 ff. (zit. THOMMEN, Einwilligungsunfähige Organspender)
- THOMMEN MARC**, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter, Eine strafrechtliche Analyse der stellvertretenden Einwilligung, Diss. Basel 2004 (zit. THOMMEN, Eingriffe an Urteilsunfähigen)
- TORREAO LARA DE ARAUJO/ PEREIRA CRÉSIO ROMEU/TROSTER EDUARDO**, Ethical aspects in the management of the terminally ill patient in the pediatric intensive care unit, Revista do Hospital das Clinicas 2004, 59, 3 ff.
- TRECHSEL STEFAN**, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 6. neu bearbeitete Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004
- TRECHSEL STEFAN/SCHLAURI REGULA**, Weibliche Genitalverstümmelung in der Schweiz, Rechtsgutachten, Unicef Schweiz, Zürich 2004
- TRECHSEL STEFAN/CHRISTENER-TRECHSEL CHARLOTTE**, Kommentierung zu Art. 213–220 StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Marc (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage, Den Haag 2012 (zit. TRECHSEL/CHRISTENER-TRECHSEL, PraxKomm StGB, N ... zu Art. ... StGB)
- TRECHSEL STEFAN/VEST HANS**, Kommentierung zu Art. 318–321^{bis} StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Marc (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage, Den Haag 2012 (zit. TRECHSEL/VEST, PraxKomm StGB, N ... zu Art. ... StGB)
- TREMP DANIA**, Lebendspende in der Schweiz, Insbesondere die finanzielle Absicherung des Spenders von Organen, Geweben und Zellen, Diss. Zürich 2010
- TSCHÜMPERLIN URS**, Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes (Art. 301–303 ZGB), Diss. Freiburg 1989
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/RUMO-JUNGO**, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009
- ULSENHEIMER KLAUS**, Der objektive Tatbestand der §§ 203, 204 StGB, Offenbarungspflichten und –befugnisse, Rechtfertigungsgründe in: Laufs Adolf/Kern Bernd-Rüdiger (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4., neubearbeitete Auflage, München 2010, 765 ff.
- UTTINGER URSULA**, Inwieweit bestimmen Patienten noch über ihre Daten?, Pflegerecht 2015, 2 ff.

- VAN SPYK BENEDIKT**, Das Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung, Zugleich eine Untersuchung der Grundlagen und Grenzen des «informed consent» im Handlungsbereich der Forschung am Menschen, Diss. St. Gallen/Lavanuz, 2011
- VOKINGER KERSTIN**, Das Berufsrecht in der Arzt-Patienten-Beziehung veranschaulicht an einem Fallbeispiel, *hill* 2012, Nr. 28
- VON LOEWENICH VOLKER**, Ethische Probleme bei Frühgeborenen, in: *Monatsschrift Kinderheilkunde, Zeitschrift für Kinder- und Jugendmedizin*, Hannover/Mainz 2003, 1263 ff.
- VON SIEBENTHAL KURT/BAUMANN-HÖLZLE RUTH**, Das interdisziplinäre «Zürcher Modell» zur Urteilsbildung für medizin- und pflegeethische Fragestellungen in der neonatologischen Intensivmedizin, in: *Dialog Ethik* (Hrsg.), *An der Schwelle zum eigenen Leben, Lebensentscheidungen am Lebensanfang bei zu früh geborenen, kranken und behinderten Kindern in der Neonatologie*, Bern 2002, 77 ff.
- WATTER ROLF**, Kommentierung zu Art. 32–40, 458–456 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR*, 6. Auflage, Basel/Bern/Zürich 2015 (zit. WATTER, BSK OR I, N ... zu Art. ... OR)
- WEBER ROLF H.**, Kommentierung zu Art. 394–406, 407–411, 419–424 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR*, 6. Auflage, Basel/Bern/Zürich 2015 (zit. WEBER, BSK OR I, N. ... zu Art. ... OR)
- WEDER ULRICH**, Kommentierung zu Art. 187–264n, 333–392 StGB, SchlB, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), *StGB Kommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch und weitere einschlägige Erlasse mit Kommentar zu StGB, JStG, den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG*, 19., überarbeitete Auflage, Zürich 2013 (zit. WEDER, StGB Komm, N ... zu Art. ... StGB)
- WEHRENBURG STEFAN**, Kommentierung zu Art. 149–156, Art. 429–436 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO)*, Freiburg/Luzern/Basel 2014 (zit. WEHRENBURG, BSK StPO, N ... zu Art. ... StPO)
- WEIDTMANN AXEL/VOLLMANN JOCHEN/DITTRICH KATALIN/PLANK CHRISTIAN**, Zur ethischen Problematik der Nierenersatztherapie im Neugeborenenalter, in: Wiesemann Claudia/Dörries Andrea/Wolfslast Gabriele/Simon Alfred (Hrsg.), *Das Kind als Patient, Ethische Konflikte zwischen Kindeswohl und Kindeswille*, Göttingen 2003, 194 ff.

- WEITHORN LOIS A./CAMPBELL SUSAN B.**, The Competency of Children and Adolescents to Make Informed Treatment Decisions, *Child Development* 1982, 1589 ff.
- WENDLER D./JENKINS T.**, Children's and their Parents views of facing research risks for the benefit of others, *Archives of Pediatrics & Adolescent Medicine* 162 (1), 2008, 9 ff.
- WERLEN MIRJAM**, Persönlichkeitsschutz des Kindes, höchstpersönliche Rechte und Grenzen elterlicher Sorge im Rahmen medizinischer Praxis, Das Beispiel von Varianten der Geschlechtsentwicklung und DSD, Diss. Bern 2014 (zit. WERLEN, Persönlichkeitsschutz)
- WERLEN MIRJAM**, Kinderschutz für Kinder mit bei der Geburt nicht klar zuweisbarem Geschlecht, *AJP* 2004, 1319 ff. (zit. WERLEN, Geschlecht)
- WERRO FRANZ**, Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, Plädoyer für ein modifiziertes Verständnis von Widerrechtlichkeit und Verschulden in der Haftpflicht, *ZSR* 1997, 343 ff.
- WIDMER BLUM CARMEN**, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss. Luzern 2010
- WIDMER STEFANIE**, Off-label-use in der Schweiz: Heilmittelrechtliche Zulässigkeit und Kostenübernahme, *hill* 2013, Nr. 132
- WIEGAND WOLFGANG**, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, Zürich 1994, 119 ff. (zit. WIEGAND, Aufklärungspflicht)
- WIEGAND WOLFGANG**, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung. Eine Standortbestimmung anlässlich der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, *recht* 1993, 149 ff. (zit. WIEGAND, Standortbestimmung)
- WIEGAND WOLFGANG**, Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), *Arzt und Recht*, Berner Tage für die juristische Praxis, Bern 1985, 81 ff. (zit. WIEGAND, Arztvertrag)
- WIESING URBAN**, Stellungnahme der Zentralen Kommission zur Wahrung ethischer Grundsätze in der Medizin und ihren Grenzgebieten (Zentrale Ethikkommission) bei der Bundesärztekammer zur Ethikberatung in der klinischen Medizin, *Deutsches Ärzteblatt*, 2006, 1703 ff.
- WILS JEAN-PIERRE/BAUMANN-HÖLZLE RUTH**, Mantelbüchlein, *Medizinethik II*, Vertiefung, Grundsatzthemen zur Weiterbildung von Fachpersonen in Medizin und Pflege, Zürich 2013
- WINKLER EVA**, Die institutionelle moralische Verantwortung der Klinik, in: Salomon Fred (Hrsg.), *Praxisbuch Ethik in der Intensivmedizin*, Konkrete Entscheidungshilfen in Grenzsituationen, 2. aktualisierte und erweiterte Auflage, Lemgo 2012, 123 ff.

- WOPMANN MARKUS**, Nationale Kinderschutzstatistik der schweizerischen Kinderkliniken, Pädiatrie 2014, 4 ff. (WOPMANN, Nationale Kinderschutzstatistik)
- WOPMANN MARKUS**, Deutliche Zunahme der gemeldeten Kinderschutzfällen an Kinderkliniken, Schweizerische Ärztezeitung 2012, 994 ff. (zit. WOPMANN, Kinderschutzfälle)
- WYTENBACH JUDITH**, Grund- und Menschenrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat, Diss. Bern 2006
- ZAHN MATTI**, Der Einwilligungsunfähige in der Medizin, Zu den Problemen bei medizinischer Behandlung und Forschung, Diss. Potsdam 2012

Materialienverzeichnis

Kindes- und Erwachsenenschutz

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesschutz) vom 15. April 2015, BBl 2015 331 ff. (zit. Botschaft Kindesschutz)

Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesschutz) des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes EJPD, Dezember 2013 (zit. Vernehmlassungsentwurf EJPD, Kindesschutz/Meldepflicht)

Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK), Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als Fachbehörde (Analyse und Modellvorschläge), ZVW 2/2008, 63 ff. (zit. Empfehlungen VBK, KESB als Fachbehörde)

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001 ff. (zit. Botschaft Erwachsenenschutz)

Gewalt und Vernachlässigung in der Familie: notwendige Massnahmen im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe und der staatlichen Sanktionierung, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Fehr (0.7.3725) vom 5. Oktober 2007 abrufbar unter http://www.bsv.admin.ch/themen/kinder_jugend_alter/00066/index.html?lang=de (zuletzt besucht am 30. November 2015) (zit. Bericht des Bundesrates, Gewalt und Vernachlässigung in der Familie)

Zivilgesetzbuch

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption), vom 28. November 2014, BBl 2015 877 ff. (zit. Botschaft Adoption)

Botschaft zu einer Änderung des Schweizer Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, BBl 2011 9077 ff. (zit. Botschaft gemeinsame elterliche Sorge)

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995, BBl 1995 764 ff. (zit. Botschaft Revision Scheidung)

Obligationenrecht

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013, BBl 2014 235 ff. (zit. Botschaft Verjährungsrecht)

UN-Kinderrechtskonvention

Botschaft des Bundesrates betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes vom 29. Juni 1994, BBl 1994 V 1 ff. (zit. Botschaft Kinderrechtskonvention)

Biomedizinkonvention

Botschaft des Bundesrates Botschaft betreffend das Europäische Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) und das Zusatzprotokoll vom 12. Januar 1998 über das Verbot des Klonens menschlicher Lebewesen, BBl 2002 271 ff. (zit. Botschaft Biomedizinkonvention)

Humanforschungsgesetz

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Forschung am Menschen vom 21. Oktober 2009, BBl 2009 8045 ff. (zit. Botschaft Humanforschungsgesetz)

Botschaft des Bundesrates zum Verfassungsartikel über die Forschung am Menschen vom 12. September 2007, BBl 2007 6713 ff. (zit. Botschaft Verfassungsartikel über die Forschung am Menschen)

Erläuternder Bericht zum Vorentwurf des Humanforschungsgesetz, Februar 2006, abrufbar unter <<http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/00701/00702/07555/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 13. Oktober 2015), (zit. Erläuternder Bericht HFG)

Transplantationsgesetz

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), vom 12. September 2001, BBl 2002 29 ff. (zit. Botschaft Transplantationsgesetz)

Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) vom 11. September 2002, BBl 2002 7361 ff. (zit. Botschaft GUMG)

Erläuterungen zur Totalrevision des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 17. Februar 2015 (zit. Erläuterungen Totalrevision GUMG)

Sterilisationsgesetz

Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates zur parlamentarischen Initiative Zwangssterilisation, Entschädigung für Opfer, vom 23. Juni 2003, BBl 2003 6311 ff. (zit. Bericht Kommission für Rechtsfragen des NR)

Bundesgesetz über die Förderung der ausserschulischen Arbeit mit Kindern und Jugendlichen

Botschaft zum Bundesgesetz über die Förderung der ausserschulischen Arbeit mit Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendförderungsgesetz, KJFG) vom 17. September 2010, BBl 2010 6803 ff. (zit. Botschaft KJFG)

Heilmittelgesetz

Botschaft zur Änderung des Heilmittelgesetzes vom 7. November 2012, BBl 2013 1 ff. (zit. Botschaft Heilmittelgesetz, 2. Etappe)

Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe

Botschaft zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG) vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 173 ff. (zit. Botschaft MedBG)

BV

Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV, Sonderdruck)

Bundesgesetz über die Invalidenversicherung; Geburtsgebrechenverordnung

EDI, Bundesamt für Sozialversicherung, Die medizinischen Massnahmen in der Invaliden- und Krankenversicherung, Bericht zu Handen der Kommission für soziale Sicherheit und Gesellschaft des Nationalrates vom 15. März 2013 (zit. Bundesamt für Sozialversicherung, medizinische Massnahmen in der Invaliden- und Krankenversicherung)

Faktenblatt, Bundesamt für Sozialversicherung, Die IV-Revision 6a, Dezember 2011, abrufbar unter <<http://www.bsv.admin.ch/themen/iv/00021/03189/?lang=de>> (zuletzt besucht am 30. November 2015) (zit. Bundesamt für Sozialversicherung, Faktenblatt, IV-Revision 6a)

Sterbehilfe

Bericht der Arbeitsgruppe an das EJPD, März 1999, Arbeitsgruppe Sterbehilfe, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/sterbehilfe.html>> (zuletzt besucht am 30. November 2015), (zit. Bericht Arbeitsgruppe Sterbehilfe an das EJPD)

Sterbehilfe und Palliativmedizin – Handlungsbedarf für den Bund? EJPD, Bern, 24. April 2006, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/sterbehilfe.html>> (zuletzt besucht am 13. Oktober 2015), (zit. Bericht EJPD Sterbehilfe und Palliativmedizin)

Richtlinien der SAMW

Intensivmedizinische Massnahmen, Medizin-ethische Richtlinien und Empfehlungen der SAMW; vom Senat der SAMW am 28. Mai 2013 genehmigt, abrufbar unter <<http://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-gueltige-Richtlinien.html>> (zuletzt besucht am 30. November 2015), (zit. SAMW-Richtlinie Intensivmedizinische Massnahmen)

Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten; vom Senat der SAMW genehmigt am 27. November 2003, abrufbar unter <<http://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-gueltige-Richtlinien.html>> (zuletzt besucht am 30. November 2015), (zit. SAMW-Richtlinie zerebral schwerst geschädigte Langzeitpatienten)

Reanimationsentscheidungen, Medizin-ethische Richtlinien und Empfehlungen; vom Senat der SAMW am 27. November 2008 genehmigt, per 1. Januar 2013 erfolgte eine Anpassung an das Erwachsenenschutzrecht, abrufbar unter <<http://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-gueltige-Richtlinien.html>> (zuletzt besucht am 30. November 2015), (zit. SAMW-Richtlinie Reanimationsentscheidungen)

Abgrenzung von Standardtherapie und experimenteller Therapie im Einzelfall, Medizin-ethische Richtlinien und Empfehlungen der SAMW, vom Senat der SAMW genehmigt am 20. Mai 2014, abrufbar unter <<http://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-gueltige-Richtlinien.html>> (zuletzt besucht am 30. November 2015), (zit. SAMW-Richtlinie und Empfehlung Abgrenzung von Standardtherapie und experimenteller Therapie)

Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, Medizin-ethische Richtlinien, vom Senat der SAMW am 25. November 2004 genehmigt, per 1. Januar 2013 erfolgte eine Anpassung an das Erwachsenenschutzrecht, abrufbar unter <<http://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-gueltige-Richtlinien.html>> (zuletzt besucht am 30. November 2015), (zit. SAMW-Richtlinie Betreuung am Lebensende)

Empfehlung der SAMW

Ethische Unterstützung in der Medizin, Medizin-ethische Empfehlungen; vom Senat am 29. Mai 2012 genehmigt (zit. SAMW-Empfehlung Ethische Unterstützung)

Medizinische Guidelines

Die Meinung der FMH: Medizinische Guidelines: Voraussetzungen und Anwendung, in: Schweizerische Ärztezeitung, 2014; 95:3, 52/53 (zit. FMH Medizinische Guidelines: Voraussetzungen und Anwendung)

Empfehlungen der Arbeitsgruppe der Schweizerischen Gesellschaft für Neonatologie

Perinatal care at the limit of viability between 22 und 26 completed weeks of gestation in Switzerland, 2011 Revision of the Swiss recommendations, Erarbeitet von einer Arbeitsgruppe der Schweizerischen Gesellschaft für Neonatologie, abrufbar unter <<http://www.neonet.ch/en/recommendations/recommendations-swiss-society-neonatology/>> (zuletzt besucht am 30. November 2015), (zit. Recommendations of perinatal care at the limit of viability)

Medizinische Guidelines im Kinderschutz

Grundsatzklärung der Schweizerischen Gesellschaft für Pädiatrie und Kinderchirurgie, Kinderschutzarbeit an Schweizerischen Kinderkliniken (swiss paediatrics.org, Empfehlungen (April 2000), abrufbar unter: <<http://www.kinderchirurgie.ch/forum/sgkc/sgkc.html>> (zuletzt besucht am 30. November 2015), (zit. Grundsatzklärung Kinderschutzarbeit an Schweizerischen Kinderkliniken)

Fachgruppe Kinderschutz der schweizerischen Kinderkliniken, Empfehlungen für die Kinderschutzarbeit, unterstützt durch die Schweizerische Gesellschaft für Pädiatrie, Schweizerische Gesellschaft für Kinderchirurgie und Schweizerische Gesellschaft für Kinder- und Jugendpsychiatrie, August 2005, abrufbar unter <<http://www.swiss-paediatrics.org/de/informationen/empfehlungen>> (zuletzt besucht am 30. November 2015), (zit. Empfehlungen für die Kinderschutzarbeit an Kinderkliniken)

Kindsmisshandlung-Kinderschutz, Ulrich Lips, Ein Leitfaden zu Früherfassung und Vorgehen in der ärztlichen Praxis, Stiftung Kinderschutz Schweiz (Hrsg.), Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH), März 2011, abrufbar unter <http://www.djs.tg.ch/documents/leitfaden_fruherfassung_kindsmisshandlungen.pdf> (zuletzt besucht am 30. November 2015), (zit. Kindsmisshandlung-Kinderschutz, Leitfaden zur Früherfassung)

Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin

Zum Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, Ethische Fragen zur «Intersexualität». Stellungnahme Nr. 20/2012, Bern 2012, abrufbar unter <<http://www.nek-cne.ch/de/themen/stellungnahmen/>> (zuletzt besucht am 30. November 2015), (zit. Nationale Ethikkommission, Ethische Fragen zur «Intersexualität»)

Zur Forschung mit Kindern, Stellungnahme Nr. 16/2009, Bern, März 2009, abrufbar unter <<http://www.nek-cne.ch/de/themen/stellungnahmen/>> (zuletzt besucht am 30. November 2015), (zit. Nationale Ethikkommission, Zur Forschung an Kindern)

Zentrale Ethikkommission der Bundesärztekammer

Stellungnahme der Zentralen Kommission zur Wahrung ethischer Grundsätze in der Medizin und ihren Grenzgebieten (Zentrale Ethikkommission) bei der Bundesärztekammer, Ethikberatung in der klinischen Medizin, Januar 2006, in: Deutsches Ärzteblatt, 2006, Volume 103, A 1703-1707 (zit. Bundesärztekammer, Zentrale Ethikkommission, Stellungnahme)

Stellungnahme der Zentralen Kommission zur Wahrung ethischer Grundsätze in der Medizin und ihren Grenzgebieten (Zentrale Ethikkommission) bei der Bundesärztekammer, «Ärztliche Behandlungen ohne Krankheitsbezug unter besonderer Berücksichtigung der ästhetischen Chirurgie», August 2012, Deutsches Ärzteblatt Jg. 109, Heft 40, 5. Oktober 2012 (zit. Bundesärztekammer, Zentrale Ethikkommission, Stellungnahme ästhetische Chirurgie)

Deutscher Ethikrat

Stellungnahme des Deutschen Ethikrates, Intersexualität, Stellungnahme vom 23. Februar 2012, Berlin, abrufbar unter <<http://www.ethikrat.org/intersexualitaet>> (zuletzt besucht am 13. Oktober 2015) (zit. Deutscher Ethikrat, Stellungnahme Intersexualität)

Kinderschutz

European report on preventing child maltreatment, world health organisation (WHO), 2013, abrufbar unter <http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0019/217018/European-Report-on-Preventing-Child-Maltreatment.pdf> (zuletzt besucht am 30. November 2015), (zit. European report on preventing child maltreatment, WHO)

Parlamentarische Initiative, Verfassungsgrundlage für ein Bundesgesetz über die Kinder- und Jugendförderung sowie über den Kinder- und Jugendschutz, Bericht der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrates vom 28. Mai 2013 (zit. Bericht der WBK NR, Verfassungsgrundlage Kinder- und Jugendschutz)

«Zeigen Sie Stärke: Keine Gewalt an Kindern!» Vernachlässigung von Kindern, Broschüre 4 der Reihe «Gewaltfreie Erziehung», Kinderschutz Schweiz, November 2002, abrufbar unter <<http://www.kinderschutz.ch/de/themen.html>> (zuletzt besucht am 30. November 2015), (zit. Kinderschutz Schweiz, Vernachlässigung)

Pilotprojekt Kinderschutz bei häuslicher Gewalt im Kanton Bern, Schlussbericht der externen Evaluation, Arbeitsgemeinschaft Büro Bass, Bern Mai 2013, abrufbar unter <<http://www.be.ch/portal/de/index/mediencenter/medienmitteilungen/suche.assetref/dam/documents/portal/Medienmitteilungen/de/2013/07/2013-07-04-schlussbericht.pdf>> (zuletzt besucht am 30. November 2015), (zit. Schlussbericht Pilotprojekt Kinderschutz bei häuslicher Gewalt)

Nationale Kinderschutzstatistik

Nationale Kinderschutzstatistik 2012, 2013, 2014 der Schweizerischen Gesellschaft für Pädiatrie, Fachgruppe Kinderschutz an schweizerischen Kinderkliniken ([swiss paediatrics.org](http://www.swiss-paediatrics.org), Gruppen und Kommissionen, Fachgruppe Kinderschutz), abrufbar unter <<http://www.swiss-paediatrics.org/de/gruppen/autres/weitere>> (zuletzt besucht am 30. November 2015), (zit. Nationale Kinderschutzstatistik 2012 der Fachgruppe Kinderschutz an schweizerischen Kliniken)

Kinderschutz Kantonsspital Baden

Betriebskonzept der Kinderschutzgruppe der Klinik für Kinder und Jugendliche des Kantonsspitals Baden, 2011 (zit. Betriebskonzept Kinderschutzgruppe Kantonsspital Baden)

Kinderschutz Kantonsspital Aarau

Betriebskonzept der Kinderschutzgruppe der Kinderklinik des Kantonsspitals Aarau, 26. November 2012 (zit. Betriebskonzept Kinderschutzgruppe Kantonsspital Aarau)

Tätigkeitsbericht 2013 der Kinderschutzgruppe des Kantonsspitals Aarau, Klinik für Kinder und Jugendliche, Kantonsspital Aarau, 2013 (zit. Tätigkeitsbericht 2013 der Kinderschutzgruppe des Kantonsspitals Aarau)

Kinderschutzgruppe Kinderspital Zürich

Jahresbericht 2010, «Kindeswohl in der heutigen Spitzenmedizin»,
(zit. Jahresbericht 2010, Kinderschutzgruppe Kinderspital Zürich)

Jahresbericht der Kinderschutzgruppe und Opferberatungsstelle des
Kinderspitals Zürich 2013, (zit. Jahresbericht 2013, Kinderschutzgruppe
Kinderspital Zürich)

Staatsanwaltschaft Zürich

Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft ZH für das Vorverfahren (WOSTA),
Stand 1. Juni 2015, abrufbar unter, Staatsanwaltschaft Zürich,
<http://www.staatsanwaltschaften.zh.ch/internet/justiz_inneres/staatsanwaltschaften/de/Strafverfahren1/ErlasseSVE/_jcr_content/contentPar/downloadlist_1389704831902/downloaditems/2040_1434960772206.spooler.download.1434960320934.pdf/WOSTA+150601.pdf> (zuletzt besucht am 30. November 2015),
(zit. Weisungen Oberstaatsanwaltschaft ZH)

Weibliche Genitalverstümmelung/Genitalbeschneidung (FGM/C)

Prävention, Versorgung, Schutz und Intervention im Bereich der weiblichen
Genitalbeschneidung (FGM/C) in der Schweiz, Empfehlungen und Best
Practices, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR),
Bern 2014, abrufbar unter <<http://www.sozialinfo.ch/aktuell/fokus/fgmc-weibliche-genitalbeschneidung-in-der-schweiz-814/>> (zuletzt besucht am
30. November 2015), (zit. Schutz und Intervention im Bereich der FGM/C)

Kantonale Botschaften

Botschaft des Regierungsrates des Kantons Luzern an den Kantonsrat, Zum
Entwurf einer Änderung des Spitalgesetzes und damit zusammenhängender
Erlasse (neue Spitalfinanzierung), 24. März 2011 (zit. Botschaft des
Regierungsrates des Kt. LU, neue Spitalfinanzierung)

Botschaft des Regierungsrates des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom
23. Februar 2011, Dekret über die Teilrevision des Spitalgesetzes (Übertragung
Spitalliegenschaften und Neuordnung der Spitalfinanzierung), 23. Februar 2011
(zit. Botschaft des Regierungsrates des Kantons Aargau, Neuordnung der
Spitalfinanzierung)

1. Teil: Einleitung und Fragestellung

1. Kapitel: Ausgangslage

1.1 Eltern tragen für ihre Kinder die Verantwortung. Sie fällen für sie in verschiedenen Lebensbereichen Entscheidungen und orientieren sich dabei am Wohl des Kindes. Auch der Staat trägt Verantwortung gegenüber Kindern. Seine Aufgabe ist es, dort einzugreifen, wo elterlichen Verpflichtungen ungenügend nachgekommen wird und dadurch das Wohl des Kindes gefährdet ist. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber auf zivil- und strafrechtlicher Ebene gesetzliche Regelungen geschaffen, damit Behörden im Bedarfsfall im Interesse und zum Schutz des Kindes eingreifen können. Die Verpflichtungen der Eltern und des Staates sind dem Grundsatz nach unbestritten. Im Einzelfall kann es allerdings schwierig sein zu bestimmen, wo die elterliche Verantwortung durch staatliches Eingreifen beschnitten werden muss.

1.2 In der vorliegenden Arbeit interessieren Situationen, in denen sich Fragen zu den elterlichen Bestimmungsrechten in gesundheitlichen Belangen der Kinder stellen. So können beispielsweise Vernachlässigungen von Kindern dazu führen, dass schulmedizinische Behandlungen nicht oder viel zu spät vorgenommen werden. Einige Eltern verweigern medizinische Behandlungen nicht aus Pflichtvergessenheit, sondern ganz bewusst aus religiösen, ideologischen oder soziokulturellen Überlegungen. Sie wollen dabei nur das Beste für ihr Kind. Andere Eltern verlangen medizinische Behandlungen für ihre Kinder, obwohl diese aus medizinischer Sicht im konkreten Fall nicht bzw. nur bedingt erforderlich wären. Unklarheiten im Bereich der Grenzen elterlichen Handelns bringen auch die Entwicklungen in der Medizin. Früh- und Neugeborene oder krebserkrankte Kinder können heute dank modernen intensivmedizinischen Behandlungen überleben, während sie früher gestorben wären. Doch die Medizin kann auch Leid verursachen, indem Kinder trotz schwersten Behinderungen und Beeinträchtigungen am Leben erhalten werden oder der Sterbensprozess länger dauert, was zu unnötigen Leiden führt.

1.3 In dieser Untersuchung soll der Frage nachgegangen werden, welche Rechte und Pflichten Eltern in derartigen Situationen zukommen. Wo liegen die Grenzen des elterlichen Vertretungsrechts? Ist es nicht das gute Recht der Eltern, ihre Weltanschauungen und Ideologien in die Erziehung einfließen zu lassen? Dürfen Eltern lebenserhaltende Behandlungen oder Operationen verweigern oder die aus medizinischer Sicht maximal mögliche Therapie für ihr Kind fordern? Wann und vor allem mit welchen Instrumenten sollte der Staat sinnvollerweise eingreifen?

- 1.4 Ärztinnen und Ärzte¹ sind im Spannungsfeld Eltern – Kind – Kindesschutzbehörde² mit schwierigen Aufgaben konfrontiert. Sie sind in der Regel die ersten, die Interessenkonflikte zwischen dem Kind und dessen Eltern vermuten oder ganz offensichtlich feststellen. Einerseits stehen sie gegenüber dem behandelnden Kind in einer Garantenstellung. Andererseits haben sie das elterliche Vertretungsrecht zu respektieren. Zudem sind sie bei schwerkranken, behinderten oder extrem frühgeborenen Kindern auch mit Fragen zu den Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht konfrontiert. Sie haben zu entscheiden, wann im Interesse des Kindes Dritte zuzuziehen sind oder aber bewusst darauf verzichtet werden sollte. In derartigen Situationen im Interesse der Beteiligten die richtigen Schritte in die Wege zu leiten und dabei juristisch korrekt zu handeln, ist eine grosse Herausforderung. Die vorliegende Forschungsarbeit will daher auch Ärzten die rechtlichen Rahmenbedingungen aufzeigen, die im Viereckverhältnis Kind – Eltern – KESB – Arzt zu beachten sind. Ein weiterer Schwerpunkt liegt in der Frage, ob die gesetzlich vorgesehenen zivil- und strafrechtlichen Instrumente geeignet sind, den verschiedenen Formen von Beeinträchtigungen oder Gefährdungen der physischen (und psychischen) Gesundheit von Kindern zu begegnen, oder ob es anderer Instrumente bedarf, um Kindern den erforderlichen Schutz zu gewähren.
- 1.5 Zur Veranschaulichung der zu bearbeitenden Thematik werden im ersten Teil der Arbeit vier Fallbeispiele vorgestellt. Damit werden die Hintergründe von Grenzsituationen elterlichen Handelns in der Medizin illustriert.
- 1.6 Im zweiten Teil der Arbeit erfolgt ein Überblick über den Umfang und Inhalt der elterlichen Sorge sowie eine Darstellung der elterlichen Rechte und Pflichten im Rahmen von medizinischen Behandlungen von Kindern. Der Schwerpunkt des zweiten Teils liegt in der Erörterung der Grenzen elterlichen Handelns bei gesundheitlichen Fragestellungen des Kindes. Während der Gesetzgeber in einzelnen Spezialgebieten der Medizin den Ermessensspielraum elterlichen Handelns konkretisiert hat, fehlen in anderen Spezialgebieten klar definierte Grenzen. Es ist deshalb nicht selten der medizinischen Praxis überlassen, im Einzelfall abschliessende Beurteilungen vorzunehmen.
- 1.7 Im dritten Teil der Untersuchung wird zunächst auf die durch Bundesverfassung und das internationale Recht begründeten Pflichten des Staates zum Schutz der

¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit und Übersichtlichkeit wird im Folgenden entweder die männliche oder weibliche Form gewählt. Selbstverständlich sind jeweils beide Geschlechter damit gemeint.

² Die Erwachsenenschutzbehörde ist auch für die Aufgaben, die der Kindesschutzbehörde übertragen sind, zuständig (Art. 440 Abs. 3 ZGB). Da unter den beiden Behörden Personalunion besteht (vgl. Botschaft Erwachsenenschutz, 7001, 7074), wird nachfolgend einheitlich der Begriff der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) verwendet.

physischen und psychischen Unversehrtheit von Kindern eingegangen. Die Umsetzung dieser Pflichten erfolgt im Wesentlichen durch die drei Bereiche des Kindesschutzsystems der Schweiz: Die freiwillige Kinder- und Jugendhilfe, die strafrechtlichen Kindesschutzbestimmungen sowie das zivilrechtliche Kindesschutzsystem. Der Fokus der Untersuchung liegt auf zivilrechtlichen Aspekten und dem Beitrag des zivilrechtlichen Kindesschutzes zur Verhinderung von Gefährdungen der Gesundheit von Kindern durch elterliches Handeln. Dabei werden die einzelnen Kindesschutzmassnahmen, deren themenbezogenen Anwendungsbereiche sowie die sich ergebenden, wesentlichen Besonderheiten des Kindesschutzverfahrens erörtert. Anschliessend werden die einschlägigen strafrechtlichen Bestimmung zum Schutz des Kindes in Bezug zur vorliegenden Thematik gebracht und kritisch hinterfragt. In einem weiteren Schritt wird geprüft, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen Eltern für ihr erzieherisches Fehlverhalten mit Auswirkungen auf das gesundheitliche Wohlbefinden des Kindes zur Verantwortung gezogen werden können.

Der vierte Teil der Untersuchung ist der Rechtsstellung des Arztes im Rahmen von medizinischen Behandlungen von Kindern gewidmet. Im Vordergrund stehen die geltenden Rechtsgrundlagen ärztlicher Melderechte und Meldepflichten und die sich daraus ergebenden Herausforderungen für den medizinischen Praxisalltag. Es wird aufgezeigt, dass für die Umsetzung und Gewährleistung des Kindesschutzes in der Pädiatrie und Neonatologie in verschiedenen Bereichen Handlungsbedarf besteht. In Grenzbereichen der Medizin ergeben sich u.a. durch die Entwicklungen der modernen Medizin heikle ethische Spannungsfelder und Herausforderungen für die behandelnden Ärzte.

Im fünften Teil der Arbeit werden die in der medizinischen Praxis geschaffenen Handlungsabläufe und -instrumente im Zusammenhang mit den Grenzen elterlichen Handelns vorgestellt und einer kritischen juristischen Würdigung unterzogen. Die Handlungsabläufe hängen wesentlich davon ab, ob von einer medizinischen Indikation auszugehen ist oder ob eine solche fehlt. Entsprechend ist auf die beiden Sachlagen gesondert einzugehen.

Im sechsten und letzten Teil der Untersuchung wird auf die Rechtslage medizinisch nicht indizierter Behandlungen von Kindern eingegangen.

I. Fallbeispiel aus dem Ostschweizer Kinderspital

- 1.11 Ein Knabe wurde von seinen Eltern seit Geburt ausschliesslich vegan ernährt. Die Eltern verzichteten zudem darauf, ihren Sohn zu impfen. Als der Knabe an Diphtherie³ erkrankte, kontaktierten die Eltern den Kinderarzt. Dieser überwies den Knaben in das Ostschweizer Kinderspital. Der behandelnde Arzt sowie die zugezogene spitalinterne Kinderschutzgruppe empfahlen den Eltern in mehreren Gesprächen, ihre Ernährung umzustellen bzw. dem Kind Ersatzprodukte anzubieten. Die Eltern zeigten sich nicht kooperativ. Der gesundheitliche Zustand des Knaben verschlechterte sich zusehends. Er erlitt irreparable Schäden am Nervensystem, den Sinnesorganen, den Muskeln und Knochen. Im Alter von sieben Jahren war er nicht mehr in der Lage, ohne Hilfe zu gehen. Als er Beschwerden mit der Atmung und Komplikationen mit dem Herzkreislauf-System bekam, alarmierten die Eltern den ärztlichen Notruf. Daraufhin wurde den Eltern von der damaligen Vormundschaftsbehörde die elterliche Obhut entzogen und der Knabe bei einer Pflegefamilie untergebracht. Das Kreisgericht Werdenberg – Sarganserland sprach die Eltern der vorsätzlichen schweren Körperverletzung schuldig. Von der Anklage der mehrfachen Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflichten wurden sie freigesprochen.⁴

³ Diphtherie ist eine akute bakterielle Infektionskrankheit, die zu Infektionen der oberen Atemwege mit Nekrosebildung, Schädigungen von Herz, Nerven, Nieren und Gefässen führen kann. Vgl. Pschyrembel klinisches Wörterbuch online: <http://www.degruyter.com/view/kw/4383321?rskey=TwNyK2&result=1&dbq_0=diphtherie&dbf_0=psy-fulltext&dbt_0=fulltext&o_0=AND&searchwithindbid_1=PSCHYKW> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁴ Entscheid des Kreisgerichts Werdenberg – Sarganserland (ST.20103932) vom 18./19. Mai 2011; Tagesanzeiger vom 7. November 2011, 3; persönliche Fallschilderung von Dr. med. Oswald Hasselmann, Ostschweizer Kinderspital, vom 2. April 2013; weitere Ausführungen zu diesem Fall vgl. Rz. 3.101 ff.; 3.124 ff.

II. Fallbeispiele aus dem Kinderspital Zürich

1. Leukämie

Ein dreijähriger Knabe erkrankte an der akuten lymphatischen Leukämie (ALL).⁵ Kurz nach Beginn der chemotherapeutischen Behandlung im Kinderspital entschieden sich die Eltern die Therapie abubrechen. Nachdem die spitalinterne Kindesschutzgruppe erfolglos zugezogen worden war, wurde eine Gefährdungsmeldung bei der damaligen Vormundschaftsbehörde eingereicht. Diese verzichtete allerdings darauf, Massnahmen anzuordnen. Kurze Zeit später erlitt der Knabe ein Rezidiv⁶ und wurde von seinen Eltern in dasselbe Kinderspital eingeliefert. Wiederum konnten sich die Eltern mit der ärztlich vorgeschlagenen chemotherapeutischen Behandlung nicht einverstanden erklären. Daraufhin wurde erneut eine Gefährdungsmeldung an die damalige Vormundschaftsbehörde erstattet. Erneut war die Behörde der Ansicht, dass keine Massnahmen erforderlich seien.⁷ Die behandelnden Ärzte fochten diesen Entscheid bei der zuständigen Aufsichtsbehörde an. Diese war der Ansicht, dass die Ärzte nicht zur Beschwerde legitimiert seien, woraufhin die Beschwerdeführer den Nichteintretensentscheid an das Kantonsgericht weiterzogen. Der Knabe verstarb im Laufe des kantonsgerichtlichen Verfahrens.⁸ 1.12

⁵ «Die akute lymphatische Leukämie (...) ist eine akut auftretende Form der Leukämie. Hierbei entarten Zellen (...) zu bösartigen Leukämiezellen. Typisch für die akute lymphatische Leukämie ist, dass sie meist im Kindesalter auftritt.» Vgl. Medizinlexikon Doc-check, <http://flexikon.doccheck.com/de/Akute_lymphatische_Leuk%C3%A4mie> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁶ Ein Rezidiv wird als das Wiederauftreten einer Krankheit nach klinisch vermuteter Heilung z.B. einer Infektion oder eines Tumors verstanden. Pschyrembel klinisches Wörterbuch online: <http://www.degruyter.com/view/kw/4403349?rskey=4QCB9M&result=2&dbq_0=Rezidiv&dbf_0=psy-fulltext&dbt_0=fulltext&o_0=AND&searchwithindbid_1=PSCHYKW> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁷ Fallschilderung vgl. LIPS, Kindesschutz und Medizin, 103, 117.

⁸ Entscheid des Kantonsgerichts SG (FO.2011.16-K2) vom 8. Juli 2011; FamPra.ch 04/2011, 1036 ff.; für eine weitere Auseinandersetzung zu diesem Fall vgl. Rz. 3.87.

2. Schwerer Herzfehler

- 1.13 Ein Knabe wurde im Kinderspital Zürich mit einem bereits während der Schwangerschaft diagnostizierten schweren Herzfehler geboren. Direkt nach der Geburt wurde der Knabe auf die Intensivstation verlegt. Die behandelnden Ärzte diagnostizierten ein hypoplastisches Linksherzsyndrom⁹ und empfahlen eine Operation. Die vorgesehene Behandlung beinhaltete mehrere chirurgische Eingriffe und eine differenzierte lebenslängliche medikamentöse Therapie. Die Ärzte informierten die Eltern, dass sich der Knabe nach ihrer Einschätzung durch die entsprechenden Eingriffe geistig annähernd normal entwickeln werde, seine körperliche Entwicklung und seine physische Belastbarkeit allerdings lebenslänglich reduziert sein würden. Zudem sei von einer verkürzten Lebenserwartung auszugehen. Die Eltern, die bereits drei Kinder hatten, wollten ihrem Sohn die vorgesehenen Operationen und die damit verbundenen Komplikationsrisiken ersparen. Zudem sahen sie sich nicht in der Lage – neben den anderen drei Kindern – die auf sie zukommende Mehrbelastung bewältigen zu können. Sie lehnten die empfohlene Behandlung ab. Zwischen dem Behandlungsteam und den Eltern entwickelte sich eine Konfliktsituation, weshalb eine ethische Gesprächsrunde einberufen wurde. Das Behandlungsteam gelangte zur Ansicht, dass die vorgeschlagene Behandlung durchgeführt werden sollte. Die Eltern konnten sich nach wie vor nicht mit dieser Vorgehensweise einverstanden erklären. Sie wollten ihren Sohn nicht operieren lassen.¹⁰ Nachdem die Eltern einen Rechtsanwalt zugezogen hatten, wurde eine weitere Ethikrunde mit einer externen Ethikerin durchgeführt. Letztlich wurde dem Willen der Eltern entsprochen. Der Knabe wurde nicht operiert und starb innert weniger Tage an den Folgen seines angeborenen Leidens.¹¹

⁹ Das hypoplastische Linksherzsyndrom zählt zu den schweren Herzfehlern, die bis vor kurzem primär eine schlechte Prognose hatten. In der Schweiz werden jährlich ca. 15 Kinder mit einem hypoplastischen Linksherzsyndrom geboren. Während früher ein Kind mit dieser Diagnose in 95% der Fälle verstarb, haben sich die Therapiemöglichkeiten im Laufe der letzten 20 Jahre zusehends verbessert. Im Jahre 2005 lagen die Überlebenschancen nach einer operativen Behandlung, die mehrere Eingriffe erfordert, bei 70-80%. Vgl. dazu BEGHETTI/GHISLA, 30 ff.

¹⁰ Fallschilderung vgl. Jahresbericht 2010. Kinderschutzzgruppe Kinderspital Zürich, 5 f.

¹¹ Hinweis durch Georg Staubli, Leiter Kinderschutzzgruppe Kinderspital Zürich, vom 22. Oktober 2014.

3. Maximale Therapie (Reanimations-Vorbesprechung)

Ein dreimonatiges Mädchen wurde mit der Diagnose schwere Epilepsie¹² in das Kinderspital eingewiesen. Zuvor war es in zwei anderen Kinderspitälern hospitalisiert, in denen die medikamentöse Therapie nicht erfolgreich eingestellt werden konnte. Neben der Epilepsie litt das Mädchen an einer schweren generellen Hirnschädigung, hatte eine gestörte Atemregulation und keinen Schluckreflex. Es war in seiner Entwicklung schwerstens zurückgeblieben. Wie dies in einer kritischen Gesamtsituation üblich ist, besprach der behandelnde Kinderarzt mit den Eltern den Reanimations-Status. Nach Ansicht des behandelnden Arztes sollte die Reanimation des Mädchens in einer akut eintretenden, lebensgefährlichen Notsituation unterbleiben. Dem Mädchen werde durch die Reanimation lediglich zusätzliches Leid zugefügt, obwohl das Grundleiden nicht behandelt werden könne und keine Chance auf Heilung bestehe. Die Eltern waren anderer Meinung. Ihres Erachtens sollte auch in einer lebensbedrohlichen Situation die maximale Therapie eingesetzt werden. Sie lehnten jedes weitere Gespräch zu diesem Thema kategorisch ab.¹³ Obwohl die Haltung der Eltern innerhalb des Behandlungsteams zu grossen Diskussionen führte, einigte man sich im Rahmen einer ethischen Fallbesprechung darauf, den Wunsch der Eltern zu respektieren und das Kind im Bedarfsfall zu reanimieren.¹⁴ 1.14

2. Kapitel: Hintergründe von Grenzsituationen elterlichen Handelns im pädiatrischen Alltag

Anhand der vorerwähnten Fallbeispiele wird offensichtlich, dass elterliches Handeln, Verweigern oder Unterlassen in gesundheitlichen Belangen des Kindes beim behandelnden Arzt und dem Behandlungsteam die Frage aufkommen lässt, wie weit Eltern berechtigt sind, für ihr Kind Entscheidungen zu fällen und wann die Grenze überschritten ist, die ein staatliches Eingreifen rechtfertigt. Die Beweggründe der Eltern bzw. die Hintergründe, die zu Gefährdungssituationen führen, sind auf verschiedenen Ebenen angesiedelt. Zu erwähnen sind einerseits 1.15

¹² Epilepsie ist eine Sammelbezeichnung für Syndrome und Krankheiten, die durch sich wiederholende Krampfanfälle gekennzeichnet sind. M.w.H.: Pschyrembel, Premium online: <http://www.degruyter.com/view/tw/8794890?rskey=cob7c9&result=1&dbq_0=Epilepsie&dbf_0=psy-headword&dbt_0=headword&_0=AND&searchwithindbid_1=tw-online> (zuletzt besucht am 26. Mai 2015).

¹³ Fallschilderung vgl. LIPS, Kinderschutz und Medizin, 103, 117.

¹⁴ Hinweis durch Georg Staubli, Leiter Kinderschutzgruppe Kinderspital Zürich vom 22. Oktober 2014. Eine Auseinandersetzung zu den Grenzen des elterlichen Vertretungsrechts bei aussichtslosen bzw. wirkungslosen medizinischen Behandlungen findet sich unter Rz. 2.70 f.

Vernachlässigungen sowie weltanschauliche, religiöse oder ideologische Einstellungen der Eltern. Andererseits führen die Möglichkeiten der heutigen Spitzenmedizin zu Situationen, in denen elterliche Entscheidungen Fragen aufwerfen. Dabei lässt sich das Verhalten der Eltern auf unterschiedliche Auslöser bzw. Handlungsmotive zurückführen, die nachfolgend darzustellen sind.

I. Vernachlässigungen

- 1.16 Vernachlässigungen¹⁵ von sorgeberechtigten bzw. -verpflichteten Personen gegenüber Kindern in gesundheitlichen Belangen sind in den meisten Fällen zunächst nicht offensichtlich und sofort erkennbar. Sie werden in einem frühen Stadium oftmals unterschätzt, tabuisiert und im Hintergrund behalten.¹⁶ Die Auswirkungen zeigen sich häufig erst zu einem späteren Zeitpunkt. Vernachlässigungen können zu erheblichen körperlichen¹⁷ und psychischen¹⁸ Entwicklungsstörungen führen. Nicht selten haben derartige Vorfälle irreparable gesundheitliche Schäden zur Folge.¹⁹ Obwohl einzelne Untersuchungen flüchtig auf die Vernachlässigungsthematik und deren Folgen eingehen, fehlen vertiefte und aussagekräftige Studien zu Vernachlässigungen von Kindern.²⁰ Daher ist es schwierig, eine Aussage über das Ausmass von Vernachlässigungen in der Schweiz zu machen.²¹

¹⁵ «Als Vernachlässigung wird fehlende Fürsorge, Aufsicht und Anregung von Kindern und Jugendlichen bezeichnet, wie unzureichende Ernährung, Pflege, Gesundheitsvorsorge, Betreuung, Anregung, Erziehung und Förderung sowie der unzureichende Schutz vor Gefahren.» Vgl. Bericht des Bundesrates, Gewalt und Vernachlässigung in der Familie, 12.

¹⁶ DEGENER, 37; Bericht des Bundesrates, Gewalt und Vernachlässigung in der Familie, 16.

¹⁷ Zu nennen sind Übergewicht, Untergewicht, hohe Krankheitsanfälligkeit (Infektionen, Ekzeme), Minderwuchs, körperliche Fehlentwicklung, verzögerte motorische Entwicklung. Vgl. Kinderschutz Schweiz, Vernachlässigung, 10.

¹⁸ Dazu zählen Hyperaktivität, Interessenlosigkeit, gemindertes Selbstwertgefühl, Depressionen, Ängste. Vgl. Kinderschutz Schweiz, Vernachlässigung, 10.

¹⁹ DÄPPEN-MÜLLER, 49; KRASNIQI, 36, 37.

²⁰ DEGENER, 51; KRASNIQI, 36, 37; vgl. dazu auch Bericht des Bundesrates, Gewalt und Vernachlässigung in der Familie, 18. Nach einer Untersuchung in westlichen Industriestaaten (England, Australien, Kanada und USA) für das Jahr 2005, lag die Häufigkeit aktenkundig gewordener Kindesvernachlässigungen zwischen 1.2 und 7.6 Fällen pro 1000 Kinder. Zur Häufigkeit von *tatsächlichen* Fällen von Kindesvernachlässigung in der Schweiz gibt es keine verlässlichen Zahlen. Nach Schätzungen in Deutschland geht man davon aus, dass zwischen 5 bis 10% aller Kinder von einer Vernachlässigung betroffen sind.

²¹ Bericht des Bundesrates, Gewalt und Vernachlässigung in der Familie, 16.

Die Fachgruppe Kinderschutz der Schweizerischen Gesellschaft für Pädiatrie erfasst seit 2009 Fälle, in denen ein Verdacht auf eine Form von Kindsmisshandlung besteht.²² Der Themenbereich der Vernachlässigung wird in dieser Studie als Untergruppe der Kindsmisshandlung gesondert analysiert. Im Jahr 2014 wurden gesamthaft 1405 (Verdachts-)Fälle von Kindsmisshandlungen an Schweizer Kliniken gemeldet. In 307 Fällen (22,9%) war für die behandelnden Ärzte eine Vernachlässigung der Hintergrund der gesundheitlichen Beeinträchtigung des Kindes. Selbst wenn sich aufgrund dieser Studie keine Aussagen über den Schweregrad der Beeinträchtigungen sowie deren Dauer ableiten lassen, zeigt sich zumindest, dass eine nicht unwesentliche Anzahl an Kindern in der Schweiz unter gesundheitlichen Beeinträchtigungen durch Vernachlässigungen leidet. 1.17

II. Weltanschauliche, ideologische oder religiöse Einstellung

Es gibt weltanschauliche- und religiöse Gruppierungen oder aber auch Sekten, die ihren Anhängern verbieten, schulmedizinische Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen.²³ Obwohl religiös fundamentalistische Bewegungen und Sekten in der Schweiz (noch) nicht Ausmasse wie in den USA angenommen haben, sind auch hier über die vergangenen Jahre schleichend Einflüsse erkennbar.²⁴ Die Auswirkungen zeigen sich mitunter im Zusammenhang mit medizinischen Heilbehandlungen von Kindern. So verweigern beispielsweise bestimmte 1.18

²² Die Untersuchung beinhaltet Daten von 18 der insgesamt 26 Kinderkliniken der Schweiz. Vgl. Schweizerische Gesellschaft für Pädiatrie, Fachgruppe Kinderschutz der schweizerischen Kinderkliniken, <http://www.swiss-paediatrics.org/sites/default/files/nationale_kinderschutzstatistik_2014_d.pdf> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

²³ So haben beispielsweise Eltern in Philadelphia USA, die Anhänger einer «First Century Gospel Church» sind, zwei ihrer sieben Kinder sterben lassen, ohne zuvor ärztliche Hilfe in Anspruch genommen zu haben. Ein Sohn starb im Alter von zwei Jahren an einer bakteriellen Lungenentzündung. Woraufhin die Eltern 2009 der fahrlässigen Tötung für schuldig gesprochen wurden. 2013 erkrankte ihr acht Monate alter Sohn an Durchfall und Erbrechen. Die Eltern weigerten sich jedoch ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Schliesslich starb auch dieser Sohn an den Folgen der Erkrankung. Vgl. WELT.de vom 25. April 2013, <<http://www.welt.de/vermishtes/article115602402/Wahre-Christen-verzichten-auf-Arzt-Baby-tot.html>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

²⁴ Vgl. etwa Fundamentalismus in den Landeskirchen, NZZ.ch vom 28. August 2005, <<http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/articled39bi-1.166450>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

religiöse Gruppierungen Bluttransfusionen und die Verwendung von Blutprodukten.²⁵

- 1.19 Insbesondere in der Kinderonkologie treten immer wieder Fälle auf, in denen Eltern die Schulmedizin verweigern und alternativen Heilmethoden wie Geistheilverfahren²⁶ ihr Vertrauen schenken.²⁷ Die Medien greifen von Zeit zu Zeit derartige Fälle auf und wälzen sie medienwirksam aus.²⁸ Die Schilderungen

²⁵ Die Verweigerung der Eltern zu einer lebensnotwendigen Bluttransfusion bei ihrem urteilsunfähigen Kind gilt unbestritten als Sorgerechtsmissbrauch, was ein Eingreifen der KESB bzw. in der dringlichen Situation einen ärztlichen Eingriff gegen den elterlichen Willen rechtfertigt. M.w.H. TAG, 669, 698; THOMMEN, Eingriffe an Urteilsunfähigen, 11 f.; zu den Voraussetzungen der dringlichen Behandlung vgl. Ausführungen unter Rz. 2.13; für das deutsche Recht: BENDER, 260, 265; BRANDENBERG, 38, 48.

²⁶ Unter Geistheilen versteht man Versuche, bei denen durch religiöse oder esoterisch inspirierte Einwirkungen ohne Einsatz von Medikamenten oder Therapien versucht wird, eine Heilung zu bewirken. Es wird davon ausgegangen, dass der Geist eines begabten Heilers in der Lage ist, positive Einwirkungen auf die erkrankte Person auszuüben und Selbstheilungskräfte angeregt werden. Es existieren verschiedenste Formen von Geistheilverfahren: Handauflegen, Fernheilung, Gesundbeten, Reiki etc. M.w.H. zum Begriff und den Formen des Geistheilens: <<http://psiram.com/ge/index.php/Geistheilen>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

²⁷ ASSER/SWAN, 625 ff. *In einer wissenschaftlichen Studie haben amerikanische Forscher über einen Zeitraum von zwanzig Jahren 172 Todesfälle von krebserkrankten Kindern, deren Eltern auf Geistheilung vertraut haben, untersucht. Sie sind zum Erkenntnis gelangt, dass in 140 Fällen ein Überleben der Kinder sehr wahrscheinlich und in 18 Fällen ein Überleben gut möglich gewesen wäre.*

²⁸ Statt vieler: In Wien wurde den Eltern eines krebserkrankten sechsjährigen Mädchens das Sorgerecht entzogen, weil sie das Mädchen von einem Geistheilern behandeln lassen wollten. Daraufhin flüchteten die Eltern mit ihrer Tochter nach Spanien. Schliesslich wurde das Mädchen von staatlichen Behörden zurück nach Wien gebracht, gegen den Willen der Eltern operiert (der Nierentumor erreichte zu diesem Zeitpunkt die Grösse eines Fussballs) und chemotherapeutisch behandelt. Das Mädchen konnte schliesslich gerettet werden. Die Eltern wurden wegen fahrlässiger Körperverletzung und Entziehung einer Minderjährigen aus der Macht des Erziehungsberechtigten zu je acht Monaten Freiheitsstrafe auf Bewährung verurteilt. Vgl. dazu Spiegel, Nr. 32/1995, Fall Olivia Pilhar, 154 ff.

verdeutlichen, in welcher Ausnahmesituation²⁹ sich Eltern befinden, wenn bei ihrem Kind Krebs diagnostiziert wird. Sie suchen verzweifelt nach Alternativen zur Chemotherapie und sind sehr empfänglich für alle paramedizinischen Heilmethoden, die angepriesen werden.

Gefährdungssituationen für Kinder können sich auch ergeben, wenn sich Eltern sehr strikt an ideologische Lebensformen halten. Als Beispiel zu nennen ist die ausschliesslich vegane Ernährung von Kindern und die damit einhergehende Verweigerung der Eltern zur Einnahme von Ersatzprodukten zur Verhinderung von Mangelerscheinungen.³⁰ Als Beweggründe für diese Lebensweise werden die Hochachtung zum Tier, zur Natur und Umwelt sowie gesundheitliche Vorteile genannt.³¹ 1.20

Zu alternativen Heilmethoden ist auch die Komplementärmedizin³², wie beispielsweise die Homöopathie, die traditionelle chinesische Medizin oder die Phytotherapie zu zählen. Diese alternativen Heilmethoden sind aufgrund ihrer sanfteren Wirkung und den in der Regel fehlenden Nebenwirkungen für die Behandlung von Kindern sehr beliebt. 1.21

III. Grenzbereiche der Medizin

Die Medizin hat sich in den vergangenen Jahrzehnten rasant entwickelt. Durch wissenschaftliche und technische Fortschritte sind Fachspezialisten heute in der 1.22

²⁹ Spiegel, Nr. 32/1995, Fall Olivia Pilhar, 154, 156 f. Die Eröffnung der Diagnose Krebs beim eigenen Kind löst bei den Betroffenen und insbesondere bei den Eltern einen Schock aus. Es ist für sie äusserst schwierig mitanzusehen zu müssen, wie ihr Kind unter den Nebenwirkungen der Therapie leidet. Auf der Station der Onkologie Abteilung werden sie mit Bildern von kahlköpfigen und hohläugigen krebskranken Kindern konfrontiert, sodass sie sich ihre Gedanken darüber machen können, was ihrem Kind noch bevorsteht.

³⁰ Vgl. dazu Fallbeispiel unter Rz. 1.11.

³¹ Zu den gesundheitlichen Vor- und Nachteilen einer vegetarischen und veganen Ernährung, Eidgenössische Ernährungscommission, Publikationen und Empfehlungen: <<http://www.blv.admin.ch/themen/04679/05108/05869/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 30. November 2015); KRUMMENACHER, 3; LEITZMANN/KELLER/HAHN, 33 ff.

³² In der Volksabstimmung vom 17. Mai 2009 haben sich das Volk und die Stände für eine bessere Berücksichtigung der Komplementärmedizin ausgesprochen. Für eine Übergangsphase bis voraussichtlich Ende 2017 werden fünf Methoden der Komplementärmedizin unter bestimmten Voraussetzungen von der obligatorischen Krankenversicherung übernommen, obwohl die Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit dieser Methoden nicht nachgewiesen sind. Vgl. dazu Eidgenössisches Departement des Innern EDI, Bundesamt für Gesundheit, Komplementärmedizin: <<http://www.bag.admin.ch/themen/gesundheitspolitik/03153/?lang=de>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

Lage, Leben in Situationen zu erhalten und zu verlängern, in denen früher keine Rettung mehr möglich gewesen wäre. In der Neonatologie wurde die Grenze der Lebensfähigkeit durch die kontinuierliche Weiterentwicklung immer weiter gesenkt, weshalb einzelne Fachspezialisten von einem Überleben nach der 22. vollendeten Schwangerschaftswoche (SSW) ausgehen.³³ Noch bis Mitte des 20. Jahrhunderts galten Frühgeborene unter der 28. bis 30. SSW bzw. mit einem Geburtsgewicht unter 1000g als nicht lebensfähig und wurden in der Regel nicht maschinell beatmet.³⁴ Nach den aktuellen Empfehlungen der Schweizerischen Gesellschaft für Neonatologie werden Frühgeborene ab der 24. SSW, sofern nicht mehrere negative prognostische Faktoren vorliegen, intensivmedizinisch behandelt.³⁵

- 1.23 Kinder, die an akuter lymphatischer Leukämie³⁶ erkranken, haben heute eine Überlebenschance von 70%–80% , während sie bis Anfang der 60er Jahre kaum behandelt werden konnten.³⁷ Säuglinge, die mit einem schweren angeborenen Herzfehler³⁸ geboren werden, hatten vor wenigen Jahren eine schlechte Prognose und starben in den ersten Lebenstagen. Dank pränataler Diagnostik, Fortschritte der Kardiochirurgie und wesentlichen Verbesserungen der Operationstechniken ist die Prognose heute deutlich besser.³⁹
- 1.24 Die Entwicklung der modernen Medizin ist vielversprechend und für die Betroffenen, die dank diesem Wissen behandelt und geheilt werden können, äusserst wertvoll. Gleichwohl resultiert daraus nicht nur Positives. Die Erwartungshaltung an die Erfolgsaussichten von medizinischen Behandlungen ist in der Gesellschaft stark gestiegen. In grossen Teilen der Bevölkerung wird die Gesundheit nicht mehr nur als «verdankenswerter Zustand» angesehen, sondern sie wird als Recht verstanden, worauf jedermann Anspruch hat.⁴⁰ Eine

³³ Recommendations of perinatal care at the limit of viability, 3; BERGER ET AL., Guidelines, Ziff. 2.2.; BERGER, 7 f.; BUCHER, Technische Fortschritte, 95 ff.; KIND, Ethische Überlegungen, 744; STEURER/BERGER, 163, 174; VON LOEWENICH, 1263.

³⁴ KIND, Ethische Probleme, 237, 238; MIETH, 47.

³⁵ Recommendations of perinatal care at the limit of viability, 6.

³⁶ Zur Umschreibung des Krankheitsbildes der akuten lymphatischen Leukämie vgl. Ausführungen unter Rz. 1.12.

³⁷ Kinderkrebsinformation Deutschland, Informationsportal zu Krebs- und Bluterkrankungen bei Kindern und Jugendlichen, Erkrankungen, Leukämien, akute lymphoblastische Leukämie, <http://www.kinderkrebsinfo.de/erkrankungen/leukaemien/pohpatinfoall120060414/index_ger.html> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

³⁸ Zu den schweren angeborenen Herzfehlern zählt das hypoplastische Linksherzsyndrom (HLH). Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 1.13.

³⁹ BEGHETTI/GHISLA, 30, 33.

⁴⁰ M.w.H. EVERSCHOR, 3.

derartige Haltung wirft Fragen auf. Gibt es ein Recht auf Gesundheit um jeden Preis? Wo findet die Würde des Menschen in der hochentwickelten Medizin, die danach strebt immer aufwändigere Therapieformen zu entwickeln und einzuführen, ihren Platz?⁴¹ Intensivmedizinische Behandlungen sind für die betroffenen Patienten sehr belastend. Oftmals sind mehrere Operationen oder langwierige Therapien notwendig, wobei nicht abschliessend gesagt werden kann, ob der gewünschte Erfolg eintritt.⁴² Entwicklungen in der Kinder-Onkologie führen zwar heute beispielsweise zu Überlebensraten zwischen 40 und 95% (je nach Krebsart) der behandelten Kinder.⁴³ Ohne diese Errungenschaften abwerten zu wollen, verbleibt ein nicht unwesentlicher Anteil Kinder, die behandelt werden, dabei langwierige teils schmerzhaft Therapien zu ertragen haben, jedoch trotzdem nicht geheilt werden.

Die beschriebenen Auswirkungen der Spitzenmedizin führen bei der Behandlung von Kindern, insbesondere in den Bereichen der Neonatologie, Onkologie, Intensivmedizin aber beispielsweise auch bei der langfristigen Behandlung zerebral schwer geschädigter Kinder zu erheblichen moralischen Bedenken. In vielen Fällen kann nicht abschliessend gesagt werden, welcher Entscheid für das Kind der Beste ist. Es entstehen Situationen, in denen sich die Frage stellt, ob ein Behandlungsbeginn sinnvoll ist, oder ob nicht vielmehr im Interesse und zum Wohl des Kindes darauf verzichtet bzw. die begonnene Therapie abgebrochen werden sollte.⁴⁴ Die Medizin verwendet bei dieser Ausgangslage die Begriffe Grau- bzw. Grenzbereich. In der Neonatologie besteht im sogenannten Grenzbereich beispielsweise eine erhebliche Unsicherheit hinsichtlich der Überlebenswahrscheinlichkeit oder späteren Behinderungen eines Frühgeborenen.⁴⁵ Bei diesen Gegebenheiten kann es vorkommen, dass die beteiligten Personen (behandelnder Arzt, zugezogene Spezialisten, Pflegenden, Eltern) sich hinsichtlich des «besten Interesses» für das betroffene Kind uneinig sind.⁴⁶ Derartige Situationen stellen die Beteiligten vor schwierige Entscheidungen.⁴⁷ 1.25

⁴¹ KIND, Ethische Probleme, 237, 238.

⁴² SAMW Richtlinie, Intensivmedizinische Massnahmen, 5.

⁴³ Vgl. Elterninitiative krebskranke Kinder, Gründe für die Elterninitiative, <<http://www.krebskranke-kinder-augsburg.de/wir-uber-uns/grunde-fur-die-eikkka/>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁴⁴ Kinderschutzgruppe und Opferberatungsstelle des Kinderspitals Zürich, Jahresberichte, Jahresbericht 2011, <<http://www.kispi.uzh.ch/de/medien/kinderschutzgruppe/jahresberichte/Seiten/default.aspx>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁴⁵ BERGER, 7, 8.

⁴⁶ BERGER, 7, 8.

⁴⁷ STEURER/BERGER, 163, 174 ff.; RAMSAUER/FREWER, 207, 209.

2. Teil: Elterliches Vertretungsrecht in medizinischen Heilbehandlungen

1. Kapitel: Zur Rechtsstellung der Eltern im Allgemeinen

Während die Rechtsstellung der Eltern vom Mittelalter bis zur Neuzeit zu einem grossen Teil von der Vorstellung geprägt war, Herrschaftsrechte gegenüber dem Kind zu besitzen,⁴⁸ entwickelte sich der Status der Eltern in den letzten Jahrzehnten zusehends zu einer Aufgabe, die von Verpflichtungen und Verantwortung gegenüber dem Kind geprägt ist.⁴⁹ Heute wird das Institut der elterlichen Sorge als Pflichtrecht⁵⁰ angesehen: Die Eltern stehen während der Dauer der Handlungsunfähigkeit des Kindes zu einem wesentlichen Teil in der Pflicht, das Kind zu erziehen, es gegenüber Dritten zu vertreten und dabei für eine optimale Entwicklung des Kindes zu sorgen. Neben den Pflichten haben die Eltern Rechte, in die nicht voraussetzungslos eingegriffen werden darf. Einleitend soll daher auf die Rechte der Eltern eingegangen werden. 2.1

I. Das Erziehungsrecht der Eltern aus verfassungs- und staatsvertraglicher Sicht

Das Erziehungsrecht der Eltern ist in der geltenden Bundesverfassung nicht ausdrücklich als solches behandelt. Vielmehr wird es aus dem Anspruch auf «Achtung ihres Privat- und Familienlebens» (Art. 13 Abs. 1 BV) und dem «Recht auf Familie und Ehe» (Art. 14 BV) abgeleitet.⁵¹ Interessanterweise wird in den Kommentierungen dieser Verfassungsbestimmungen das Erziehungsrecht der Eltern nur am Rande erwähnt, ohne dass näher auf dessen Inhalt 2.2

⁴⁸ TSCHÜMPERLIN, 11.

⁴⁹ Im Zuge der Revision des Scheidungsrechts 2000 wurde der ursprüngliche Begriff der «elterlichen Gewalt» in den Begriff der «elterlichen Sorge» umgewandelt. Mit dieser terminologischen Umstellung wollte man den Pflichtcharakter zum Ausdruck bringen. Vgl. Botschaft Revision Scheidung, 49; BREITSCHMID, HandKomm, N 1 zu Art. 296 ZGB; dazu kritisch: HEGNAUER, Grundriss, 181; SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 8 zu Art. 296 ZGB.

⁵⁰ BGE 136 III 353 E. 3.1; BREITSCHMID, HandKomm, N 1 zu Art. 296 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 17.67; SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 3 zu Art. 296 ZGB.

⁵¹ HANGARTNER, 510, 513.

eingegangen wird.⁵² Das religiöse Erziehungsrecht der Eltern leitet sich nach der geltenden Rechtspraxis vom Grundrecht der Religionsfreiheit (Art. 15 BV) ab.⁵³

- 2.3 In der kantonalen- und bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird die Verfassungsqualität des Erziehungsrechts der Eltern vorwiegend im Themenbereich Gewalt in der Erziehung,⁵⁴ in Fällen in denen die religiöse Erziehung des Kindes mit der Schulpflicht kollidiert⁵⁵ oder bei Fragestellungen zum privaten Einzelunterricht (homeschooling)⁵⁶ aufgegriffen.
- 2.4 Auf staatsvertraglicher Ebene wird die Achtung der Rechte der Eltern in verschiedenen Garantien der UN-Kinderrechtskonvention (KRK)⁵⁷, der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁵⁸ sowie in den Uno-Pakten I⁵⁹ und II⁶⁰ thematisiert. Wie in der Bundesverfassung ist das Erziehungsrecht in den Staatsverträgen begrifflich nicht explizit als solches erwähnt, sondern leitet sich vielmehr aus den klassischen Garantien zum Schutz des Privat- und Familienlebens und der Religionsfreiheit ab. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) verdeutlicht in seiner Rechtsprechung, dass der elterliche Autonomierahmen bei der Wahl von Erziehungsformen und -inhalten soweit zu respektieren ist, als die Individualrechte des Kindes im Sinne des best interest standard (Verwirklichung des Kindeswohls) damit vereinbar sind.⁶¹ Beispielsweise erachtete der EGMR die ärztliche Verabreichung eines Medikamentes an einen zwölfjährigen, physisch und psychisch behinderten

⁵² Vgl. BIAGGINI, BV Komm, N 5 zu Art. 14 BV; HANGARTNER, 510, 513; REUSSER, Komm BV, N 32 f. zu Art. 14 BV.

⁵³ MÜLLER/SCHEFER, 264. In der BV von 29. Mai 1874 war das religiöse Erziehungsrecht in Art. 49 Abs. 3 aBV festgehalten. Aufgrund der Verankerung des religiösen Erziehungsrechts der Eltern in Art. 303 Abs. 3 ZGB wurde in der neuen BV darauf verzichtet, dieses Recht explizit auf Verfassungsstufe aufzunehmen.

⁵⁴ Urteil des BGer 1C_219/2007 vom 17.01.2008 E. 2.2 ff., zur Verlängerung von Gewaltschutzmassnahmen und der Auferlegung eines vollständigen Kontaktverbots zwischen einem Elternteil und den Kindern.

⁵⁵ Zur Dispensation vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht aus religiösen Gründen: BGE 135 I 79 E. 1.2 f.; zur Dispensation von einer an einem Samstag stattfindenden Maturitätsprüfung: BGE 134 I 114 E. 2-3; ähnlich Fragestellungen: BGE 119 Ia 178 E. 6-8; 117 Ia 311 E. 1-2; 114 Ia 129 E. 2; WYTTENBACH, 259.

⁵⁶ Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen (B2010/77) vom 24.08.2010 E. 4.4.

⁵⁷ Art. 3 Abs. 2, Art. 5, Art. 14 Abs. 2 und Art. 18 KRK.

⁵⁸ Art. 8 EMRK.

⁵⁹ Art. 10 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 3 UNO-Pakt I.

⁶⁰ Art. 17 und Art. 23 UNO-Pakt II.

⁶¹ Urteil des EGMR, Neulinger u. Shuruk gegen SUISSE [GC] (Nr. 41615/07) vom 6. Juli 2010, Ziff. 151; vgl. dazu auch WYTTENBACH, 224.

Knaben in einem öffentlichen Spital, gegen den ausdrücklichen Willen der Eltern, als eine Verletzung von Art. 8 EMRK.⁶² Nach Ansicht des Gerichts wäre es den Ärzten in der betreffenden Situation zumutbar und möglich gewesen, einen Gerichtsscheid zu erwirken, um eine Berechtigung zu haben, gegen den elterlichen Willen vorzugehen.

II. Das Erziehungsrecht der Eltern im Zivilrecht

1. Die elterliche Sorge

Die elterliche Sorge⁶³ beinhaltet Rechte und Pflichten. Die Verpflichtungen bestehen darin, die erforderlichen Entscheidungen im Bereich der Erziehung,⁶⁴ der Bestimmung des Aufenthaltsortes⁶⁵ und der gesetzlichen Vertretung⁶⁶ des Kindes zu treffen.⁶⁷ Weiter sind die sorgeberechtigten Eltern für die Verwaltung des Kindsvermögens⁶⁸ zuständig. Neben den erwähnten Pflichten beinhaltet Erziehung auch das Recht der Eltern, ihre Weltanschauungen, Religion, Wertvorstellungen, Ideologien, etc. an das Kind weiterzugeben.⁶⁹ 2.5

Die Erziehung des Kindes wird als eine «persönlichkeitsadäquate Förderung der körperlichen, geistigen und sittlichen Entfaltung des Kindes»⁷⁰ umschrieben. Dementsprechend haben die Eltern zum einen für eine den Fähigkeiten des Kindes angepasste Schul- und Berufsbildung zu sorgen, um seine spätere wirtschaftliche Selbstständigkeit anzustreben.⁷¹ Zum anderen haben sie die Rahmenbedingungen für eine angemessene Gesundheits- und Körperpflege zu schaffen sowie eine dem körperlichen Wohl dienende Ernährung des Kindes anzubieten. Zu einer angemessenen Gesundheitspflege zählt auch die Pflicht, die 2.6

⁶² Urteil des EGMR, Glass gegen United Kingdom (Nr. 61827/00) vom 9. März 2004, Ziff. 70 ff.

⁶³ Seit dem 1. Juli 2014 gilt die gemeinsame elterliche Sorge unabhängig vom Zivilstand der Eltern als Regel. Angestrebt wird damit die Gleichstellung zwischen Mann und Frau.

⁶⁴ Art. 302 ZGB, Art. 303 ZGB für die religiöse Erziehung.

⁶⁵ Art. 301a ZGB.

⁶⁶ Art. 304 ZGB.

⁶⁷ Statt vieler HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 17.96 ff.

⁶⁸ Art. 318 ff. ZGB.

⁶⁹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz.17.99 ff.; SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 1 zu Art. 303 ZGB.

⁷⁰ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 17.96.

⁷¹ Die Eltern sind auch gegenüber ihrem behinderten Kind verpflichtet, für eine – seinen Fähigkeiten entsprechende – Ausbildung besorgt zu sein. Im Vordergrund steht dabei weniger dessen wirtschaftliche Selbstständigkeit, sondern das Ziel die bestmögliche Selbstständigkeit und Lebensqualität zu erreichen. Vgl. dazu AEBI-MÜLLER/TANNER, 82, 94; allgemein zum Anspruch auf Ausbildung SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 8 ff. zu Art. 302 ZGB.

erforderlichen Entscheidungen über medizinische Behandlungen des urteilsunfähigen Kindes zu treffen.⁷²

- 2.7 Das elterliche Vertretungsrecht wird in Art. 304 ZGB umschrieben. Es beinhaltet das Pflichtrecht, das Kind gegenüber Dritten zu vertreten.⁷³ Für urteilsfähige Minderjährige sieht das Gesetz allerdings in bestimmten Bereichen eine eigene Entscheidungskompetenz vor.⁷⁴ Dies ist namentlich bei der Einwilligung zu einer medizinischen Heilbehandlung der Fall.⁷⁵ Aber auch in Belangen, in welchen das Kind nicht selber entscheiden kann, sind dessen persönliche Situation und Meinung entsprechend seiner Reife angemessen zu berücksichtigen. Dadurch wird die elterliche Entscheidungskompetenz mit zunehmendem Alter und Reife des Kindes eingeschränkt und schliesslich mit Erreichen der vollen Handlungsfähigkeit des Kindes beendet.⁷⁶

2. Kindeswohl als Leitlinie

- 2.8 Das Prinzip des Kindeswohls ist in Art. 11 Abs. 1 BV, in verschiedenen Bestimmungen des Kindes- und Familienrechts des ZGB⁷⁷ sowie in Art. 3 Abs. 1 der KRK als Leitprinzip für die elterliche Sorge und behördliche Entscheidungen fest verankert. Es nimmt innerhalb des gesamten Kindesrechts eine zentrale Rolle ein.⁷⁸ Die Eltern sind daher bei der Ausübung ihres elterlichen Vertretungsrechts nicht frei, vielmehr haben sie sich bei all ihren

⁷² SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 4 zu Art. 302 ZGB. Zur Gesundheitspflege (körperliche Pflege, Ernährung, Bekleidung, etc.) zählt auch das Heranführen des Kindes an die selbstständige Wahrnehmung dieser Aufgaben. Ebenso AEBI-MÜLLER/TANNER, 82, 87; BREITSCHMID, HandKomm, N 2 ff. zu Art. 302 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 17.96.

⁷³ BREITSCHMID, HandKomm, N 1 zu Art. 304 ZGB; SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 1 zu Art. 304/305 ZGB.

⁷⁴ Urteilsfähige Minderjährige vermögen durch ihr Handeln in bestimmten Bereichen ohne Zustimmung der Eltern volle Rechtswirkungen zu erlangen: Art. 19 Abs. 2 ZGB (Erlangen unentgeltlicher Vorteile, Besorgungen geringfügiger Angelegenheiten des täglichen Lebens), Art. 19c ZGB (höchstpersönliche Rechte), Art. 303 Abs. 3 ZGB (religiöses Bekenntnis), Art. 305 ZGB, Art. 323 Abs. 1 ZGB (freies Kindervermögen). Dazu ausführlich und m.w.H. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 07.59.

⁷⁵ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.17 ff.

⁷⁶ BREITSCHMID, HandKomm, N 5 zu Art. 301 ZGB; SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 6 und N 9 f. zu Art. 304/305 ZGB.

⁷⁷ Art. 133 Abs. 2 ZGB, Art. 274 Abs. 2 ZGB, Art. 301 Abs. 1 ZGB.

⁷⁸ BRAUCHLI, 136; HEGNAUER, Grundriss, Rz. 26.04; MICHEL, Rechte von Kindern, 148; SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 4 zu Art. 301 ZGB; SUTTER, 19, 23 f.

Entscheidungen am Kindeswohl zu orientieren.⁷⁹ Nicht nur die Eltern, sondern alle Personen oder staatlichen Institutionen, die sich mit Kindern beschäftigen und für diese Entscheide fällen, haben das Prinzip des Kindeswohls als Leitlinie zu berücksichtigen.⁸⁰

Ungeachtet seiner Bedeutung entzieht sich der Begriff des Kindeswohls einer abschliessenden Definition.⁸¹ Das Gesetz verwendet in Art. 302 Abs. 1 ZGB Eckwerte wie die «körperliche, geistige und sittliche Entfaltung des Kindes», die im Rahmen der Erziehung geschützt und gefördert werden sollen. Für SCHWENZER/COTTIER handelt es sich bei dieser gesetzlichen Umschreibung um den «Kernbereich des Kindeswohls».⁸² Im Übrigen existieren unzählige Definitions- und Konkretisierungsversuche zum Begriff des Kindeswohls.⁸³ Das Bundesgericht umschreibt das Kindeswohl wie folgt: «Angestrebt wird namentlich eine altersgerechte Entfaltung des Kindes in geistig-psychischer, körperlicher und sozialer Hinsicht, wobei in Beachtung aller konkreten Umstände nach der für das Kind bestmöglichen Lösung zu suchen ist (...)».⁸⁴

Diese Ausführungen verdeutlichen, dass sich der Begriff Kindeswohl lediglich annähernd – anhand von zu berücksichtigenden Eckwerten – umschreiben lässt.⁸⁵ Wie sich jedoch die «körperliche, geistige und sittliche Entfaltung»⁸⁶ fördern und schützen lässt, wird nie allgemeingültig gesagt werden können,

⁷⁹ HEGNAUER, Grundriss, Rz. 26.04; RUMETSCH, Selbst- und Fremdbestimmungsrechte, 110, 119; SCHLATTER, 105 ff.; SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 2 zu Art. 301 ZGB; TSCHÜMPERLIN, 119.

⁸⁰ COTTIER, Genitalverstümmelung, 698, 700; RUMETSCH, Selbst- und Fremdbestimmungsrechte, 110, 119.

⁸¹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 15.20; HEGNAUER, Grundriss, 193; KOSTKA, 107 ff.; SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 4 zu Art. 301 ZGB.

⁸² SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 5 zu Art. 301 ZGB. Nach den Autorinnen gibt es für das körperliche Wohl noch weitgehend einheitliche Massstäbe, währenddessen die Präzisierung des geistigen, sittlichen und seelischen Wohls einem steten Wandel unterliegt.

⁸³ Zum Kindeswohl im Rahmen der Einwilligung in medizinische Behandlungen MICHEL, Rechte von Kindern, 148; RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 96 ff.; SCHLATTER, 105 ff.; zum Kindeswohl als allgemeine Handlungsmaxime BÜCHLER/VETTERLI, 224; LOPPACHER, 33; MICHEL, Autonomie, 243, 250.

⁸⁴ Vgl. BGE 129 III 250 E. 3.4.2; 115 II 206 E. 4a; 117 II 353 E. 3.

⁸⁵ So auch MICHEL, Rechte von Kindern, 148; TSCHÜMPERLIN, 84.

⁸⁶ Art. 302 Abs. 1 ZGB.

sondern bedarf immer einer wertenden Betrachtung im Einzelfall.⁸⁷ In einer Gesellschaft mit sich schnell wandelnden Moralvorstellungen und kulturellen Unterschieden wird es umso schwieriger zu definieren, was zu einer bestmöglichen Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes führt.⁸⁸ Die ethnologische Forschung hat verdeutlicht, dass die Definition des Kindeswohls in verschiedenen Regionen der Welt sehr unterschiedlich ist und dass es keine universelle, international gültige Standards für die optimale Erziehung, Förderung und Begleitung von Kindern gibt.⁸⁹ Die Eltern haben ein sog. Konkretisierungsmonopol hinsichtlich dessen, was im Einzelfall dem Kindeswohl und der Achtung der Persönlichkeit entspricht.⁹⁰ Wann Erziehungsmethoden und Entscheidungen der Eltern nicht mehr mit dem Kindeswohl vereinbar sind und wann elterliches Handeln den Ermessensspielraum überschreitet, kann und soll aufgrund der oben geschilderten Rahmenbedingungen nicht allgemeingültig gesagt werden. In einer demokratischen Gesellschaft wäre es befremdend, wenn der Staat berechtigt wäre, konkrete Erziehungsinhalte vorzuschreiben. Erst wenn Anzeichen für eine Gefährdung des Kindeswohls erkennbar sind, ist es unbestritten die Aufgabe des Staates einzuschreiten und zu prüfen, ob Kindesschutzmassnahmen anzuordnen sind (Art. 307 ff. ZGB).⁹¹

⁸⁷ Zum Kindeswohl in der gutachterlichen Tätigkeit SEIFERT/KREXA/KÜHNEL/BAREIS, 118, 122 ff.; im Übrigen BRAUCHLI, 49 f.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 15.20; MICHEL, Rechte von Kindern, 148 ff.; RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 96 f.; SCHLATTER, 107 ff.; TSCHÜMPERLIN, 84.

⁸⁸ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 15.20; LOPPACHER, 33; SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 5 zu Art. 301 ZGB; TSCHÜMPERLIN, 84, 91 f.

⁸⁹ ALSTON, 1 ff.; COTTIER, Genitalverstümmelung, 698, 700; KORBIN, 3.

⁹⁰ MICHEL, Rechte von Kindern, 171 f.; SCHLATTER, 105 ff.; TSCHÜMPERLIN, 119 ff.

⁹¹ Zu den zivilrechtlichen Kindesschutzmassnahmen vgl. Ausführungen unter Rz. 3.18 ff.

2. Kapitel: Rechtsstellung der Eltern im Rahmen von medizinischen Heilbehandlungen

I. Stellvertretende Einwilligung

1. Selbst- und Fremdbestimmung in medizinischen Angelegenheiten

Wie aufgezeigt wurde, haben die Eltern die Pflicht, für das gesundheitliche Wohl ihrer Kinder besorgt zu sein. Teil davon ist das Pflichtrecht, in medizinische Behandlungen des urteilsunfähigen Kindes einzuwilligen. Stellvertreterentscheide bei medizinischen Behandlungen bedürfen grundlegender Kenntnisse des Handlungsfähigkeits- und Medizinrechts. Daher werden nachfolgend die wesentlichen Punkte zusammengefasst. 2.11

A) Rechtfertigende Einwilligung

Für den behandelnden Arzt ist das Erfordernis der rechtsgültigen Einwilligung des Patienten von zentraler Bedeutung. Dies ergibt sich rechtsdogmatisch daraus, dass der ärztliche Eingriff aus zivilrechtlicher Perspektive als Persönlichkeitsverletzung (Art. 28 ZGB)⁹² und aus strafrechtlicher Sicht als Körperverletzung⁹³ gewertet wird. Durch die Einwilligung des Patienten bzw. der zur stellvertretenden Einwilligung berechtigten Person entfällt sowohl die straf- als auch die zivilrechtliche Widerrechtlichkeit des ärztlichen Handelns.⁹⁴ 2.12

B) Dringliche Fälle

Überdies handelt der Arzt dann nicht widerrechtlich, wenn er in einer berechtigten, objektiv nachvollziehbarer Notfallsituation, bei einem urteilsunfähigen Kind ohne oder gegen den Willen der Eltern bzw. des 2.13

⁹² Statt vieler AEBI-MÜLLER, HandKomm, N 12 zu Art. 28 ZGB.

⁹³ Statt vieler DONATSCH, StGB Komm, N 4 zu Art. 122 StGB.

⁹⁴ AEBI-MÜLLER, HandKomm, N 13 zu Art. 28 ZGB; RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 98 f.; TAG, 669, 677, 694 ff.

sorgeberechtigten Elternteils eine medizinisch indizierte Behandlung⁹⁵ durchführt. Die Zulässigkeit der ärztlichen Notfallbehandlung ohne rechtsgültige Einwilligung der berechtigten Person ist in Art. 8 der Biomedizinkonvention vorgesehen. Im Übrigen ist allerdings rechtsdogmatisch umstritten, ob sich die Rechtmässigkeit der Notfallbehandlung ohne rechtsgültige Einwilligung der betroffenen Person aus den Bestimmungen der echten berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA, Art. 419 OR i.V.m Art. 422 OR), der mutmasslichen Einwilligung des Patienten bzw. des gesetzlichen Stellvertreters oder der Notstandshilfe nach Art. 17 StGB ableitet.⁹⁶

- 2.14 Mit Einführung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes wurde der Ausschluss der gesetzlichen Vertretungsbefugnis im Erwachsenenschutzrecht in Art. 379 ZGB normiert. Dieser Bestimmung folgend darf der Arzt in den *dringlichen Fällen* die medizinischen Massnahmen nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person ergreifen. Die Dringlichkeit bezieht sich auf Situationen, «in denen die Information der vertretungsberechtigten Person sowie die Einholung deren Entscheidung zu einer zeitlichen Verzögerung der Behandlung führen würde, die sich für die urteilsunfähige Person in einem gesundheitlichen Nachteil auswirkt».⁹⁷ Die

⁹⁵ Unter einer *medizinisch indizierten Behandlung* versteht man eine Behandlung, die dem ärztlichen Standard entspricht und «angezeigt erscheint, um die Gesundheitssituation der Person zu verbessern». Bei einer derartigen Behandlung überwiegt der voraussichtliche Nutzen gegenüber den Risiken des Eingriffes. Von einer medizinischen Indikation ist zudem auszugehen, wenn gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen, die einer Behandlung eine positive Risiko-Nutzen-Prognose attestieren und im Vergleich zu anderen möglichen Behandlungen oder dem Verzicht auf eine Behandlung einen verbesserten Gesundheitszustand erwarten lassen. Vgl. dazu SCHWEIZER/VAN SPYK, 535, 540; für das deutsche Recht: RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 71 ff., welche im Übrigen für Behandlungen urteilsfähiger Minderjähriger nach Indikationsgraden (absolute Indikation, relative Indikation, Grenzbereiche vitaler Indikation, rein elektive Eingriffe, etc.) differenziert.

⁹⁶ Vgl. dazu: SCHLATTER, 85 f.; für die Rechtfertigung durch die echte berechtigte GoA: FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 103, 150 ff.; NÄGELI, 153 f.; ROGGO, 174; SCHMID JÖRG, ZK, N 104 zu Art. 419 OR; für die Rechtfertigung durch mutmassliche Einwilligung: FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 103, 208; MICHEL, Rechte von Kindern, 169; SEELMANN, Allgemeiner Teil, 64 f.; WIEGAND, Aufklärungspflicht, 119, 162; für die Notstandshilfe nach Art. 17 StGB: BÄNZIGER, 94 ff.; GETH, 124 f., bei pflichtwidriger Vertreterentscheidung; STRATENWERTH/WOHLERS, HandKomm, N 4 zu Art. 17 StGB.

⁹⁷ EICHENBERGER/KOHLER, BSK ZGB I, N 2 ff. zu Art. 379 ZGB; siehe auch Botschaft Erwachsenenschutz 7001, 7037; GASSMANN, Komm Erwachsenenschutz, N 1 zu Art. 379/380 ZGB.

dringlichen Fälle umfassen damit nicht nur eigentliche Notfallsituationen, in denen unmittelbare Lebensgefahr besteht, sondern auch Fälle, in denen eine zeitliche Verzögerung der Behandlung für die urteilsunfähige Person einen gesundheitlichen Nachteil zur Folge hätte. Die Voraussetzungen der Dringlichkeit werden zudem auch angenommen, «wenn die Vertretungsberechtigung objektiv unklar ist und eine medizinische Behandlung zum Wohl des Patienten nicht aufgeschoben werden sollte».⁹⁸

Dringliche Situationen können sich naheliegenderweise auch bei der ärztlichen Behandlung urteilsunfähiger Minderjähriger ergeben. Zu denken ist an Fälle, in denen die Einwilligung der Eltern nicht eingeholt werden kann (weil diese die Einwilligung ablehnen, nicht erreichbar sind oder die Vertretungsberechtigung unklar ist) und der Entscheid der KESB aus medizinischen Gründen zum Wohl des Minderjährigen nicht abgewartet werden kann. Daher macht es Sinn, den in Art. 379 ZGB normierten Ausschluss der gesetzlichen Vertretungsbefugnis analog auch für das Kindesschutzrecht vorzusehen. 2.15

C) Höchstpersönliche Rechte

Die volle Handlungsfähigkeit setzt die Volljährigkeit und die Urteilsfähigkeit voraus (Art. 13 ZGB). Urteilsfähige Minderjährige, d.h. beschränkt Handlungsunfähige, üben nach Art. 19c Abs. 1 ZGB höchstpersönliche Rechte selbstständig aus.⁹⁹ Höchstpersönliche Rechte sind solche, die ihnen «um ihrer Persönlichkeit willen» zustehen (Art. 19c ZGB). Gemeint sind damit «Rechte, die mit der Person als Träger des Rechts untrennbar verbunden sind».¹⁰⁰ Dabei lassen sich absolut und relativ höchstpersönliche Rechte unterscheiden. Während absolut höchstpersönliche Rechte allein durch den Berechtigten ausgeübt werden dürfen, sind relativ höchstpersönliche Rechte der Vertretung zugänglich.¹⁰¹ Ob ein Recht den relativ oder absolut höchstpersönlichen Rechten zuzuordnen ist, lässt sich in der Regel¹⁰² nicht direkt dem Gesetz entnehmen, 2.16

⁹⁸ Botschaft Erwachsenenschutz, 7001, 7037.

⁹⁹ Zur Urteilsfähigkeit von Minderjährigen vgl. Rz. 2.19 ff.

¹⁰⁰ Ausführlich zu höchstpersönlichen Rechten: HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 07.21 f.

¹⁰¹ Weitere Ausführungen zu den absolut höchstpersönlichen Rechten finden sich unter Rz. 2.151 f.

¹⁰² Als «klare» Fälle von absolut höchstpersönlichen Rechten zu nennen sind die Errichtung eines Testaments (Art. 467 ZGB), das Einreichen der Ehescheidungsklage (Art. 111 ff. ZGB), die Klage auf Anfechtung einer Vaterschaft (Art. 256–256b ZGB), etc. M.w.H. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 07.32.

sondern ist ergebnisorientiert nach wertenden Gesichtspunkten zu entscheiden.¹⁰³

- 2.17 Die Einwilligung zu einer ärztlichen Heilbehandlung ist – von Ausnahmen abgesehen – ein relativ höchstpersönliches Recht.¹⁰⁴ Würde ein medizinisch indizierter Eingriff nämlich den absolut höchstpersönlichen Rechten zugeordnet, hätte dies zur Folge, dass im Falle der Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person niemand an deren Stelle entscheiden könnte.¹⁰⁵ Dementsprechend sind urteilsfähige Minderjährige berechtigt, ohne zusätzliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters in eine medizinische Behandlung einzuwilligen.¹⁰⁶ Der Gesetzgeber anerkennt die Fähigkeit urteilsfähiger Minderjähriger, Verantwortung für ihren Körper zu übernehmen. Dieses Einwilligungsrecht beinhaltet rechtsdogmatisch das Recht auf vorangehende ärztliche Aufklärung. Die Aufklärung versetzt den Patienten bzw. die entscheidungsberechtigte Person in die Lage, aus freiem Willen und aufgrund eigener Überlegungen in die vorgeschlagene Behandlung einzuwilligen oder diese abzulehnen.¹⁰⁷
- 2.18 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Urteilsfähigkeit das Schlüsselkriterium ist, das über Fremd- und Selbstbestimmung in medizinischen Angelegenheiten entscheidet. Nachfolgend sollen die für den vorliegenden Kontext wesentlichen Komponenten der Urteilsfähigkeit in geraffter Form dargestellt werden.

¹⁰³ Botschaft Erwachsenenschutz, 7001, 7096. Der Gesetzgeber verzichtete im Zuge der Revision des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts bewusst darauf, die Unterscheidung zwischen absolut und relativ höchstpersönlichen Rechten zu konkretisieren, sondern überliess diese – wie bis dahin – der Doktrin und Praxis. Vgl. auch RIEMER, 216, 217; BÜCHLER/VETTERLI, 229; MICHEL, Ashley, 141, 152.

¹⁰⁴ AEBI-MÜLLER, perpetuierte Selbstbestimmung, 150, 155 f.; BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, BSK ZGB I, N 4 zu Art. 19c ZGB; BREITSCHMID, HandKomm, N 1 zu Art. 19c ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 07.23; SPRECHER FRANZISKA, Patientenrechte Urteilsunfähiger, 270, 276; THOMMEN, Eingriffe an Urteilsunfähigen, 108.

¹⁰⁵ BÜCHLER/HOTZ, 565, 572; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 07.23; MICHEL, Ashley, 141, 152.

¹⁰⁶ BGE 134 II 235 E.4.1; Entscheid des Obergerichts Luzern (LGVE 2007 I Nr. 2.) vom 3. Dezember 2007 E. 4.4; RUMETSCH, Selbst- und Fremdbestimmungsrechte, 109, 111; RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 59 ff.; GUILLOD, Consentement éclairé, 209 ff.; MICHEL, Rechte von Kindern, 80 f.

¹⁰⁷ Art. 5 Abs. 1 Biomedizinkonvention; FELLMANN, Aufklärung von Patienten, 172 ff.; PALLY HOFMANN, Medizinischer Berufsalltag, 114 ff.; m.H. zu den Aufklärungsadressaten vgl. RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 101 ff.; für das deutsche Recht: DEUTSCH/SPICKHOFF, 191 f.

D) Zur Urteilsfähigkeit und deren Komponenten

Die Urteilsfähigkeit beinhaltet zwei Hauptkomponenten, nämlich zum einen die Fähigkeit den eigenen Willen zu bilden und zum anderen die Fähigkeit nach dem eigenen Willen zu handeln.¹⁰⁸ Die Willensbildung setzt ein Mindestmass an intellektueller Einsichts- und rationaler Beurteilungsfähigkeit und Denkvermögen voraus. Ein Patient muss insbesondere verstehen können, welche Folgen seine Grunderkrankung haben kann, welche Behandlungsmöglichkeiten zu welchem Erfolg führen und welche allfälligen Risiken eine Behandlung mit sich bringen kann.¹⁰⁹ Gleichzeitig geht es auch darum, den Behandlungsentscheid in den Kontext der persönlichen Lebensumstände zu bringen. Vereinfacht gesagt setzt die Urteilsfähigkeit daher auch voraus, dass der Patient Bedeutung und Tragweite des konkret geplanten medizinischen Eingriffs für das eigene Leben und die eigene Gesundheit verstehen und Vor- und Nachteile gegeneinander abwägen kann.¹¹⁰ 2.19

Bei der Willensumsetzungsfähigkeit wird der Frage nachgegangen, ob die betroffene Person ihren Willen auch gegenüber einer möglichen fremden Willensbeeinflussung vertreten kann. Konkret muss es dem Patienten möglich sein, Meinungen und Einflüsse Dritter – beispielsweise seitens des Arztes oder der Eltern – kritisch zu hinterfragen und in die eigene Urteilsbildung einzubeziehen.¹¹¹ 2.20

Die Urteilsfähigkeit ist in zeitlicher und sachlicher Hinsicht relativ. Daher muss sie jeweils für einen bestimmten Zeitpunkt und in Bezug auf ein bestimmtes 2.21

¹⁰⁸ BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, BSK ZGB I, N 6 ff. zu Art. 16 ZGB; BREITSCHMID, HandKomm, N 2 zu Art. 16 ZGB.

¹⁰⁹ RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 111; AEBI-MÜLLER, Erwachsenenschutzrecht Schweiz, 180 f.; SPRECHER FRANZISKA, Patientenrechte Urteilsunfähiger, 270, 276.

¹¹⁰ BGE 134 II 235 E. 4.3.2. Nach Einschätzung des Bundesgerichts ist der Wille einer 13-jährigen Patientin zu respektieren, wenn davon auszugehen ist, dass sie die vorgeschlagene Behandlung sachgerecht und verständig einschätzen kann. Ebenso Entscheid des Luzerner Obergerichts (LGVE 2007 I Nr. 2) vom 3. Dezember 2007; BREITSCHMID, HandKomm, N 3 zu Art. 16 ZGB; BÜCHLER/HOTZ, 565, 572 f.; WIEGAND, Aufklärungspflicht, 119, 159 ff.; MICHEL, Autonomie, 243, 251.

¹¹¹ BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, BSK ZGB I, N 10 zu Art. 16 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 49.

rechtsrelevantes Verhalten beurteilt werden.¹¹² Die zeitliche Relativität ist

insbesondere bei medizinischen Behandlungen von nicht zu unterschätzender Bedeutung, da sich bei Patienten klare und wirre Momente infolge unterschiedlicher Krankheitsstadien, Schmerzen und Medikamenteneinfluss kurzfristig ändern können.¹¹³ Ob im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen ein sehr strenger Massstab für die Annahme der Urteilsfähigkeit gelten soll, da es in der Regel um bedeutsame Entscheidungen geht oder ob der Massstab demgegenüber sehr tief zu legen ist, damit die Fremdbestimmung möglichst klein gehalten werden kann, ist in der Lehre nicht abschliessend geklärt.¹¹⁴ Zahlreiche Autoren gehen davon aus, dass die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit umso höher einzustufen sind, je risikoreicher bzw. schwerer der Eingriff ist und umso tiefer bei kleineren, risikoarmen Eingriffen.¹¹⁵ Ist ein minderjähriger Patient für einen konkreten Behandlungsentscheid urteilsfähig, ist selbst der Wunsch auf Verzicht einer medizinisch indizierten und dringend empfohlenen Behandlung grundsätzlich zu respektieren.¹¹⁶

¹¹² BGE 134 II 235 E. 4.3.2; 124 III 5 E. 1a; 118 Ia 236 E. 2b; 117 II 231 E. 2a; 109 II 276 E. 3; 102 II 367 E. 4; Urteile des BGer 5A_723/2008 vom 19. Januar 2009 E. 2.1; 5C.193/2004 vom 17. Januar 2005 E. 2.1; AEBI-MÜLLER, Erwachsenenschutzrecht Schweiz, 180, 181 f.; WIDMER BLUM, 41 f.; MICHEL, Rechte von Kindern, 76 f.; RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 110 f.; STEURER/BERGER, 163, 166 ff.

¹¹³ Vgl. BGer 5A_12/2009 vom 23. September 2009 E. 6 f., umstritten war in diesem Fall die Urteilsfähigkeit des Erblassers, dem vor der Testamentsverurkundung Morphium verabreicht worden war; vgl. auch SPRECHER FRANZISKA, Patientenrechte Urteilsunfähiger, 270, 276 f.

¹¹⁴ AEBI-MÜLLER, Erwachsenenschutzrecht Schweiz, 180, 181 f.; MICHEL, Rechte von Kindern, 79 f.; NÄGELI, 22.

¹¹⁵ FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 103, 190; RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 111 f.; SPRECHER FRANZISKA, Patientenrechte Urteilsunfähiger, 270, 276; STEURER/BERGER, 163, 166 ff.

¹¹⁶ Illustrativ hierfür: Entscheid des Luzerner Obergerichts (LGVE 2007 I Nr. 2) vom 3. Dezember 2007. Das Gericht hatte sich in diesem Fall mit der Zulässigkeit einer Kindesschutzmassnahme bei einem, an einem Hirntumor leidenden urteilsfähigen Minderjährigen auseinanderzusetzen. Der Patient lehnte weitere chemotherapeutischen Behandlungen ab. Das Gericht sah keinen Raum für die von der damaligen Vormundschaftsbehörde angeordneten Kindesschutzmassnahmen und bekräftigte, dass der Wunsch des urteilsfähigen Minderjährigen zu respektieren sei.

E) Zum Massstab der Urteilsfähigkeit mit Bezug auf minderjährige Patienten

Da sich die Urteilsfähigkeit wie gesehen jeweils auf einen bestimmten Zeitpunkt und in Bezug auf eine bestimmte Rechtshandlung bezieht,¹¹⁷ müsste diese für jede Rechtshandlung nachgewiesen werden. Da dies kaum praxisnah ist, behilft man sich mit einer Vermutung. Demgemäss wird – sofern nicht die in Art. 16 ZGB beschriebenen Zustände vorliegen – üblicherweise von der Urteilsfähigkeit einer Person ausgegangen. Damit hat diejenige Person, welche die Urteilsfähigkeit einer Person bestreitet, den Nachweis hierfür zu erbringen.¹¹⁸ Für den Beweis der Urteilsunfähigkeit ist die überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichend.¹¹⁹ 2.22

Das Kindesalter oder eine geistige Behinderung wird in Art. 16 ZGB exemplarisch als ein Zustand genannt, indem die Fähigkeit vernunftgemäss zu handeln, fehlen kann. Um die Urteilsfähigkeit eines Kindes auszuschliessen, ist das Kindesalter allein allerdings nicht ausreichend, vielmehr bedarf es einer daraus fliessenden Unfähigkeit, vernunftgemäss zu handeln. Mit anderen Worten kann selbst eine minderjährige oder geistig behinderte Person die Fähigkeit besitzen, vernunftgemäss zu handeln.¹²⁰ Nach den Grundsätzen der Relativität ist daher auch bei Minderjährigen in jedem Einzelfall bezugnehmend auf eine bestimmte Rechtshandlung zu beurteilen, ob die Entwicklung des Kindes und seine geistig-psychische Reife der vom Gesetz geforderten Vernunft und Selbstverantwortlichkeit entspricht. 2.23

Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit von Minderjährigen in der Medizin ist aus verschiedenen Gründen anspruchsvoll. Kinder und Jugendliche stehen in der Regel in einem Abhängigkeitsverhältnis und sind in ein Wertesystem zu ihren nächsten Bezugspersonen eingebunden. In diesem Kontext drängt sich zum einen die Frage auf, inwieweit das Kind überhaupt in der Lage ist, – unabhängig von seinem nächsten Umfeld – einen eigenen, unbeeinflussten Willen zu bilden und diesen gegenüber den Eltern, anderen Bezugspersonen oder Ärzten zu 2.24

¹¹⁷ Zur Relativität der Urteilsfähigkeit vgl. Ausführungen unter Rz. 2.21.

¹¹⁸ BGE 124 III 5 E. 1b; 117 II 231 E. 2b; 108 V 121 E. 4; Urteile des BGer 5A_12/2009 vom 25. März 2009 E. 2.2; 5A_748/2008 vom 16. März 2009 E. 5.2; 5A_723/2008 vom 19. Januar 2009 E. 2.2; BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, BSK ZGB I, N 48 zu Art. 16 ZGB; WIDMER BLUM, 42 f.

¹¹⁹ MEIER, discernement, Rz. 12; WIDMER BLUM, 42.

¹²⁰ BGE 134 II 235 E. 4.3.2; 131 III 553 E. 1.1 und 1.2; 124 III 5 E. 1a; 122 III 401 E. 3c; 117 II 231 E. 2°; 120 Ia 369 E. 1; BREITSCHMID, HandKomm, N 5 zu Art. 16 ZGB; BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, BSK ZGB I, N 5 zu Art. 16 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 06.42.

vertreten bzw. möglicherweise zu verteidigen. Zum anderen ist zu bedenken, dass eine fehlerhafte Einschätzung der Urteilsfähigkeit des Kindes für den Arzt rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann. Attestiert der Arzt dem minderjährigen Patienten fälschlicherweise Urteilsfähigkeit und verlässt sich auf dessen Zustimmung zum Eingriff, liegt keine rechtsgültige Einwilligung vor. Der ärztliche Eingriff ist widerrechtlich und kann zivil- und strafrechtlich verfolgt werden.¹²¹ Beurteilt der behandelnde Arzt den Urteilsfähigen hingegen hinsichtlich der in Frage stehenden medizinischen Behandlung zu Unrecht als nicht urteilsfähig und beruft sich auf die Einwilligung der Eltern, ist seine Behandlung ebenso widerrechtlich, da die Einwilligung der Eltern bei Urteilsfähigkeit des Kindes rechtsunwirksam ist.¹²² Um das beschriebene Dilemma der Rechtsunsicherheit für Ärzte im beruflichen Alltag zu erleichtern, wünschen sich diese Entscheidungshilfen zur Beurteilung der Urteilsfähigkeit. Entsprechend wurde verschiedentlich versucht, Altersgrenzen als Leitlinien einzusetzen.¹²³

- 2.25 Betrachtet man die verschiedenen Lehrmeinungen und die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend möglicher Alterskategorien zur Einschätzung der Urteilsfähigkeit von Kindern, zeigt sich ein unübersichtliches Bild. Einzelne Autoren vertreten die Ansicht, dass Kinder unter zwölf Jahren in der Regel die Urteilsfähigkeit fehlt, zwischen zwölf und 16 Jahren die Urteilsfähigkeit von Fall zu Fall abzuklären ist und ab 16 Jahren von der Urteilsfähigkeit auszugehen ist, sofern es sich nicht um einen besonders schweren Eingriff mit erheblicher

¹²¹ Vgl. Ausführungen unter Rz. 2.12.

¹²² BGE 134 II 235 E. 4.1 ff.; MICHEL, Ashley, 141, 146.

¹²³ Nicht nur in der Schweiz, sondern auch im Ausland wurde die Notwendigkeit gesehen, Minderjährigen die Einwilligung in medizinische Behandlungen zuzugestehen. In Österreich wird die Einwilligungsfähigkeit in Heileingriffe beispielsweise ab dem 14. Altersjahr grundsätzlich vermutet (§ 21 Abs. 2 ABGB). Ist die Behandlung allerdings mit einer schweren und nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit verbunden, darf die Behandlung nur vorgenommen werden, wenn der gesetzliche Vertreter zustimmt (§ 173 Abs. 2 ABGB). In England können Ärzte Patienten über 16 Jahre ohne Einwilligung der Eltern behandeln. M.w.H. DEUTSCH/SPICKHOFF, 500 f.; ebenso BÜCHLER/HOTZ, 565, 573.

Tragweite handelt.¹²⁴ Andere Autoren gehen davon aus, dass bei Kindern ab dem zwölften Altersjahr in der Regel die Urteilsfähigkeit anzunehmen ist.¹²⁵ Das Luzerner Obergericht ist in einem Entscheid aus dem Jahr 2007 zur Ansicht gelangt, dass ein 17-Jähriger allein in der Lage sei, über eine Behandlung mit vitaler Indikation zu entscheiden.¹²⁶ Das Bundesgericht hat die Rechtmässigkeit einer Disziplinarbusse, die einem Osteopathen auferlegt wurde bestätigt, weil dieser zu Unrecht von der Urteilsunfähigkeit einer 13-Jährigen ausgegangen war und sich auf die Einwilligung der Mutter verlassen hatte.¹²⁷

Nach einer Studie von WEITHORN und CAMPBELL zeigen Jugendliche mit 14 Jahren und älter im Vergleich zu Erwachsenen keine Unterschiede im Bereich der rationalen Begründung sowie des Einbezugs der möglichen Konsequenzen in einem Entscheidungsprozess. Demgegenüber sind Jugendliche zwischen neun und 14 Jahren in einer «Grauzone der Autonomie» und es ist in jedem Einzelfall die Urteilsfähigkeit abzuklären. Jugendliche unter neun Jahren verfügen in der Regel nicht über die kognitiven Fähigkeiten, um als urteilsfähig eingestuft zu werden.¹²⁸ 2.26

Die Nationale Ethikkommission geht mit Blick auf das Vetorecht gegen körperliche Eingriffe davon aus, dass ein Kind zwischen 10 und 14 Jahren urteilsfähig ist. Die Urteilsfähigkeit nimmt graduell zu und bestimmt sich zu einem wesentlichen Teil nach der Schwere des Eingriffs und dessen Folgen.¹²⁹ 2.27

Der Überblick über die verschiedenen Lehrmeinungen und Studien verdeutlicht, dass sich die Beurteilung der Urteilsfähigkeit nicht über starre Alterskategorien lösen lässt. Die Lehrmeinungen, ab welchem Altersjahr von der Urteilsfähigkeit auszugehen ist, widersprechen sich. Immerhin zeigt sich eine Tendenz, dass bei Jugendlichen über 14 Jahren die Urteilsfähigkeit eher angenommen werden darf 2.28

¹²⁴ FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 103, 115; GUILLOD, Consentement éclairé, 214 f.; ROGGO, 169 ff.; WIEGAND, Aufklärungspflicht, 159; für das deutsche Recht DEUTSCH/SPICKHOFF, 742, welche grundsätzlich von einer Urteilsfähigkeit ab 16 Jahren ausgehen, wobei diese auf dem höchstpersönlichen Gebiet von sexualmedizinischen Massnahmen grundsätzlich schon früher angesetzt werden kann. Demnach sollte eine 15-jährige Jugendliche nach Beratung durch einen Arzt selbst über eine Abtreibung entscheiden können. Kritisch zu Alterskategorien: Urteil des BGer 2C_5/2008 vom 2. April 2008 E. 4.3.2 f.; ebenso BÜCHLER/HOTZ, 565, 573; MICHEL, Rechte von Kindern, 182.

¹²⁵ SCHWENZER, Obligationenrecht, 146; kritisch und m.w.H.: RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 9 f.

¹²⁶ Entscheid des Luzerner Obergerichts (LGVE 2007 I Nr. 2) vom 3. Dezember 2007.

¹²⁷ BGE 134 II 235 E. 4.1.

¹²⁸ WEITHORN/CAMPBELL, 1589, 1596 ff.

¹²⁹ Nationale Ethikkommission, Ethische Fragen zur Intersexualität, 13.

und bei Jugendlichen unter neun Jahren in der Regel die Urteilsfähigkeit noch nicht vorliegt. Starre Alterskategorien würden der sehr unterschiedlich verlaufenden Persönlichkeitsentwicklung von Jugendlichen sowie den altersspezifischen Besonderheiten von Jugendlichen ungenügend Rechnung tragen und der Relativität der Urteilsfähigkeit widersprechen. Zwar können die oben erwähnten Alterskategorien als Hilfskriterien zugezogen werden. Es gibt jedoch keinen Grund, sie als alleinige Richtschnur zur Beurteilung der Urteilsfähigkeit zu verwenden. Im Übrigen belegen Erfahrungen aus der Praxis, dass Kinder infolge einer längerdauernden Krankheit oder Behandlung über ein überdurchschnittliches Erfahrungswissen im Umgang mit ärztlichen Behandlungen oder Spitalaufenthalten verfügen und daher im Einzelfall durchaus vor dem Alter von zehn Jahren in der Lage sind, vernünftige Behandlungsentscheidungen zu fällen.¹³⁰

- 2.29 Neben dem Alter und der geistig-psychischen Entwicklung des Minderjährigen können insbesondere im medizinischen Kontext auch Einflüsse wie Schmerzen, Heilungschancen, die Aussicht auf eine längere Rekonvaleszenz, eine befremdende Krankenhaussituation, etc. die Voraussetzungen für ein vernünftiges und selbstverantwortliches Handeln beeinträchtigen.¹³¹ Daher kann die Urteilsfähigkeit eines an sich gut entwickelten Minderjährigen durch besondere Einflüsse in einem bestimmten Zeitpunkt betreffend einer bestimmten Sachlage zu einer vorübergehenden Urteilsunfähigkeit (sog. kasuelle Urteilsunfähigkeit) führen.¹³²
- 2.30 Obwohl die Form der kasuellen Urteilsunfähigkeit in der Lehre vorwiegend im Zusammenhang mit erwachsenen Patienten erwähnt wird,¹³³ ist – wie soeben dargestellt – nicht auszuschliessen, dass auch Minderjährige in einer bestimmten

¹³⁰ Zum Umgang mit Kindern mit lebensbedrohlichen Erkrankungen: NIETHAMMER, *Angesicht*, 93 ff.; ALDERSON, 28, 31 f.; zur Urteilsfähigkeit eines minderjährigen Krebspatienten: *Entscheid des Obergerichts Luzern (LGVE 2007 I Nr. 2)* vom 3. Dezember 2007.

¹³¹ Vgl. dazu SPRECHER FRANZISKA, *behinderte Kinder*, 236, 252 f.; WERLEN, *Persönlichkeitsschutz*, 436 ff.

¹³² In Art. 16 ZGB werden neben dem Kindesalter und einer psychischen Störung u.a. auch der Rausch oder «ähnliche Zustände» für das Vorliegen einer vorübergehenden Urteilsunfähigkeit genannt. In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass die gesetzliche Aufzählung der Schwächezustände für die Urteilsunfähigkeit in Art. 16 ZGB nach der Mehrheit der Lehre abschliessend ist und damit die als «ähnlich» bezeichneten Zustände nicht beliebig ausgeweitet werden dürfen. Vgl. dazu BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, *BSK ZGB I*, N 33 zu Art. 16 ZGB; HOTZ, *KurzKomm*, N 8 zu Art. 16 ZGB; BREITSCHMID, *HandKomm*, N 8 zu Art. 16 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, *Rz.* 06.49 f.; WIDMER BLUM, 46.

¹³³ Statt vieler WIDMER BLUM, 99 ff.

Situation kasuell urteilsunfähig sein können.¹³⁴ Das besondere an der kasuellen Urteilsunfähigkeit liegt darin, dass die betroffene Person ohne den spezifischen Einfluss urteilsfähig wäre und nach ihrem Wegfall auch wieder urteilsfähig ist. Der kasuell urteilsunfähige Patient verfügt, im Gegensatz zum habituell (ständig) urteilsunfähigen Patienten, hinsichtlich einer Behandlung über einen rechtserheblichen Willen, allerdings kann er ihn im Moment nicht äussern. Dem Arzt obliegt in einer derartigen Situation die Pflicht, den (minderjährigen) Patienten so zu behandeln, wie es dieser gewollt hätte, wenn er sich dazu hätte äussern können (sog. mutmasslicher Wille des Patienten).¹³⁵ Kann der mutmassliche Wille des Minderjährigen nicht eruiert werden, ist auf den Willen des gesetzlichen Vertreters, in der Regel der Eltern, zurückzugreifen.¹³⁶ Abschliessend sei erneut darauf hingewiesen, dass bei der Behandlung von Kindern und Jugendlichen die Form der habituellen Urteilsunfähigkeit im Vordergrund steht. Bei dieser Art der Urteilsunfähigkeit fehlt ein mutmasslicher Wille des Minderjährigen, weshalb direkt auf den Willen des gesetzlichen Vertreters, der sich am Kindeswohl zu orientieren hat, zurückzugreifen ist.¹³⁷

2. Stellvertretende Einwilligung eines Elternteils

A) Bei gemeinsamer elterlicher Sorge

Sind beide Elternteile Inhaber der elterlichen Sorge, so entscheiden sie grundsätzlich gemeinsam über medizinische Behandlungen ihres urteilsunfähigen Kindes.¹³⁸ Dies bedeutet allerdings nicht, dass beide Elternteile immer gemeinsam «auftreten» und einwilligen müssen. 2.31

In alltäglichen oder dringlichen Angelegenheiten oder wenn der andere Elternteil «nicht mit vernünftigem Aufwand zu erreichen ist», darf derjenige Elternteil, der das Kind betreut, allein entscheiden (Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB). Der Gesetzgeber wollte durch diese Alleinentscheidungskompetenz des betreuenden Elternteils verhindern, dass die gemeinsame elterliche Sorge missbraucht wird und Anlass gibt, über alltägliche Angelegenheiten zu streiten und/oder dringliche Entscheidungen nicht gefällt werden können. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine alltägliche Angelegenheit vorliegt, gilt ein objektiver Massstab 2.32

¹³⁴ Für eine detaillierte Unterscheidung zwischen habitueller und kasueller Urteilsunfähigkeit siehe WIDMER BLUM, 46 f., 99 ff.

¹³⁵ Wichtige Hinweise für den mutmasslichen Willen des minderjährigen Patienten kann die Befragung der Eltern oder nahe stehenden Personen bringen. Vgl. zum Ganzen FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 103, 191.

¹³⁶ Dies im Gegensatz zum erwachsenen Patient. Die Regeln der Vertretung bei medizinischen Massnahmen an Erwachsenen finden sich in Art. 377 ff. ZGB.

¹³⁷ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.8.

¹³⁸ Vgl. Botschaft gemeinsame elterliche Sorge, 9077, 9078.

und nicht das subjektive Empfinden eines Elternteils.¹³⁹ Im Rahmen von gesundheitlichen Fragestellungen kommt die alleinige Entscheidungskompetenz des betreuenden Elternteils beispielsweise bei der dringlichen Arzt- oder Spitalbehandlung oder bei Entscheidungen über alltägliche Fragen der Ernährung zur Anwendung. Nicht alltäglichen Charakter haben planbare operative Eingriffe und medizinische Behandlungen sowie Therapien, die langfristige Nachbehandlungen, Pflege und Unterstützung erfordern und das Leben des Kindes wesentlich prägen.¹⁴⁰

- 2.33 Diese, in Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB normierte Alleinentscheidungskompetenz des betreuenden Elternteils wirkt lediglich im Innenverhältnis. Gutgläubige Drittpersonen dürfen daher grundsätzlich davon ausgehen, dass ein allein anwesender Elternteil im Einvernehmen mit dem anderen Elternteil handelt (Art. 304 Abs. 2 ZGB).¹⁴¹ Bei der Beurteilung des guten Glaubens der Drittperson sind die Umstände des Einzelfalles (Dringlichkeit und Bedeutung der betreffenden Behandlung) miteinzubeziehen. Bei nicht alltäglichen, grösseren und risikobehafteten Eingriffen, die nicht dringlich sind,¹⁴² steht der Arzt in der Pflicht, beide Elternteile über den Gesundheitszustand, die verschiedenen Behandlungsmöglichkeiten sowie allfällige Risiken aufzuklären und von beiden Elternteilen die Einwilligung für die vorgesehene Behandlung

¹³⁹ Botschaft gemeinsame elterliche Sorge, 9077, 9106 f.

¹⁴⁰ Botschaft gemeinsame elterliche Sorge, 9077, 9106; SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 3c zu Art. 301 ZGB; für das deutsche Recht DEUTSCH/SPICKHOFF, 744. Die Autoren unterscheiden hinsichtlich der Frage, ob und inwieweit der andere Elternteil mit einzubeziehen ist, nach drei Gruppen: Bei erheblichen Eingriffen oder Eingriffen mit schwerer Folge haben beide Elternteile zuzustimmen. Bei mittelschweren Eingriffen genügt die Einwilligung eines Elternteils, wobei nahegelegt wird, den anderen Elternteil einzubeziehen. Bei einfachen Eingriffen darf davon ausgegangen werden, dass der anwesende Elternteil zum Handeln ermächtigt ist.

¹⁴¹ Der Gutglaubenschutz gilt auch, wenn der eine Elternteil im Einzelfall nicht im Einvernehmen mit dem anderen handelt. Vgl. Botschaft gemeinsame elterliche Sorge, 9077, 9107; GENNA, 91, 96; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 17.121; SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 11 zu Art. 304/305 ZGB.

¹⁴² Zu den Voraussetzungen der dringlichen Behandlung vgl. Ausführungen unter Rz. 2.13.

einzuholen.¹⁴³ Liegen Anhaltspunkte vor, die gegen ein einvernehmliches Handeln der Eltern sprechen, entfällt der Gutgläubensschutz gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB. Sind sich die Eltern uneinig, sodass kein Behandlungsentscheid erfolgt, und ist daher von einer Gefährdung des Kindeswohls auszugehen, ist die KESB einzubeziehen, die dem Kind einen Beistand mit entsprechender Entscheidungsbefugnis bestellen oder die Vertretungsbefugnis für die konkrete Behandlung einem der beiden Elternteile übertragen kann.¹⁴⁴

B) Alleinige elterliche Sorge eines Elternteils

a) Benachrichtigung und Anhörung

Ist nur ein Elternteil Inhaber der elterlichen Sorge, hat sie oder er die alleinige Entscheidungskompetenz hinsichtlich medizinischer Eingriffe beim urteilsunfähigen Kind.¹⁴⁵ Derjenige Elternteil ohne elterliche Sorge ist allerdings über «besondere Ereignisse im Leben des Kindes» zu informieren und «vor Entscheidungen, die für die Entwicklung des Kindes wichtig sind» anzuhören (Art. 275a Abs. 1 ZGB).¹⁴⁶ 2.34

Medizinische Behandlungen bzw. die Gesundheitssituation des Kindes werden grundsätzlich zu den «wichtigen Entscheidungen» bzw. zu den «besonderen Ereignissen» nach Art. 275a ZGB gezählt.¹⁴⁷ Obwohl dieser als Orientierung dienende Grundsatz naheliegend erscheint, ergeben sich in der Praxis Abgrenzungsschwierigkeiten. Die Beurteilung dessen, was als «wichtige» 2.35

¹⁴³ Illustrativ hierfür ist das Urteil des BGH (VI ZR 288/87) vom 28. Juni 1988, E. 2c ff. Der BGH erachtete die Einwilligung eines Elternteils für eine Herzoperation an einem 6-jährigen Patienten für die unter anderem eine Herz-Lungen-Maschine vorgesehen war, als ungenügend. Bei ärztlichen Eingriffen schwerer Art mit nicht unbedeutenden Risiken ist nach BGHZ grundsätzlich die Einwilligung beider sorgeberechtigter Elternteile erforderlich. Siehe auch MICHEL, Rechte von Kindern, 131 f.; NÄGELI, 127; SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 11 zu Art. 304/305 ZGB; zum Vorgehen bei Uneinigkeit der Eltern in nicht alltäglichen Belangen siehe HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 17.128 ff.

¹⁴⁴ Zum zivilrechtlichen Kindesschutz und den einzelnen Kindesschutzmassnahmen vgl. Ausführungen unter Rz. 3.9 ff.; 3.18 ff.

¹⁴⁵ SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 2 ff. zu Art. 301 ZGB; DOLDER, 53; MICHEL, Rechte von Kindern, 131.

¹⁴⁶ M.w.H. zum Sinn und Zweck des Anhörungs- und Auskunftsrechts: AFFOLTER KURT, 380, 381 f.

¹⁴⁷ Vgl. Urteil des BGer 5A_889/2014 vom 11. Februar 2015 E. 3.2 f.; Urteil des Kantonsgerichts Graubünden (ZK1 13 42) vom 8. Oktober 2013 E. 5 f.; BREITSCHMID, HandKomm, N 3 zu Art. 275a ZGB; SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 5 zu Art. 275a ZGB.

medizinische Behandlung und als «besonderes Ereignis im Leben des Kindes» anzusehen ist, ist abhängig von subjektiven Wertvorstellungen der Elternteile. Daher sollte sich die Frage der Benachrichtigung und Anhörung des anderen Elternteils – wo sinnvoll und geeignet – nicht nur nach einem «objektiven Massstab» richten, sondern wenn immer möglich und der Situation dienlich, ist die Interessenlage des anderen Elternteils miteinzubeziehen.¹⁴⁸ Bei anhaltenden schweren Konflikten oder wenn der nicht sorgeberechtigte Elternteil am Wohlergehen des Kindes keinerlei Anteil nimmt, können die beschriebenen Informations-, Anhörungs- und Auskunftsrechte eingeschränkt, verweigert oder entzogen werden.¹⁴⁹

- 2.36 Der nicht sorgeberechtigte Elternteil ist grundsätzlich vorgängig zu informieren und anzuhören. Ist dies infolge zeitlicher Dringlichkeit der Behandlung nicht möglich, muss die Information nachgeholt werden.¹⁵⁰ Hierbei ist allerdings zu bedenken, dass das Benachrichtigungs- und Anhörungsrecht nur im Innenverhältnis wirkt.¹⁵¹ Daher ist die Einwilligung des sorgeberechtigten Elternteils in eine medizinische Behandlung des urteilsunfähigen Kindes auch dann rechtsgültig, wenn der nicht sorgeberechtigte Elternteil nicht angehört wird oder eine andere Meinung vertritt. Ist der nicht sorgeberechtigte Elternteil mit einem derartigen Entscheid nicht einverstanden, hat er die Möglichkeit, an die KESB zu gelangen.

b) Auskunft und Information durch den Arzt

- 2.37 Dem nicht sorgeberechtigten Elternteil wird sodann gegenüber Drittpersonen, d.h. auch gegenüber Ärzten, ein Recht auf Auskunft eingeräumt (Art. 275a Abs. 2 ZGB). Der behandelnde Arzt ist daher grundsätzlich verpflichtet, den nicht sorgeberechtigten Elternteil auf dessen Begehren hin über den Gesundheitszustand und die vorgesehene Behandlung zu informieren. Auch dieses Auskunftsrecht gegenüber Drittpersonen kann zum Wohl und im Interesse des Kindes eingeschränkt werden (Art. 275a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 274 Abs. 2 ZGB).¹⁵² In derartigen Fällen sollte der sorgeberechtigte Elternteil den behandelnden Arzt über die Einschränkung des Auskunftsrechts informieren. Liegen keine Anhaltspunkte oder konkrete Anweisungen für eine Beschränkung des Auskunftsrechts vor, ist der behandelnde Arzt nicht

¹⁴⁸ So auch BREITSCHMID, HandKomm, N 3 zu Art. 275a ZGB.

¹⁴⁹ Vgl. Urteil des BGer 5A_889/2014 vom 11. Februar 2015 E. 3.2.3 f.; AFFOLTER KURT, 380, 388.

¹⁵⁰ SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 4 zu Art. 275a ZGB.

¹⁵¹ DOLDER, 42, 53, 138; MICHEL, Rechte von Kindern, 135.

¹⁵² Dies ist beispielsweise der Fall, wenn Eltern in hochstrittigen Situationen die Auskunftserteilung in der Vergangenheit nur mit dem Ziel, sich in die Erziehung des sorgeberechtigten Elternteils einzumischen, geltend gemacht haben. Vgl. hierzu: BREITSCHMID, HandKomm, N 6 zu Art 275a ZGB.

verpflichtet, von sich aus beim sorgeberechtigten Elternteil das Einverständnis zur Auskunftserteilung einzuholen.¹⁵³

3. Veto- und Partizipationsrechte urteilsunfähiger Minderjähriger

Nach dem bisher Gesagten sind Eltern lediglich bei fehlender Urteilsfähigkeit ihres Kindes¹⁵⁴ und auch nur dann, wenn es sich nicht um ein absolut höchstpersönliches Recht handelt,¹⁵⁵ berechtigt, stellvertretend in einen medizinischen Eingriff einzuwilligen. Für urteilsunfähige, minderjährige Patienten beinhaltet das Gesagte ein «Alles-oder-Nichts-Prinzip». Sind sie urteilsfähig, dürfen sie selbstständig entscheiden, falls nicht, wird über sie entschieden. Diese Ausgangslage vermag den Persönlichkeitsrechten urteilsunfähiger Patienten nicht zu genügen und führte in der Lehre zur Forderung nach Veto- und Partizipationsrechten für die betreffende Patientengruppe.¹⁵⁶ 2.38

Das Vetorecht dient dem Schutz der Würde des betroffenen urteilsunfähigen Patienten und beinhaltet das Recht, eine medizinische Behandlung abzulehnen.¹⁵⁷ Vetorechte sind in verschiedenen gesundheitsrechtlichen Bundesgesetzen, der Biomedizinkonvention sowie auch in verschiedenen ärztlichen Richtlinien festgehalten.¹⁵⁸ 2.39

¹⁵³ M.w.H. DOLDER, 128; MICHEL, Rechte von Kindern, 135.

¹⁵⁴ Zur Urteilsfähigkeit von Kindern und Jugendlichen in der Medizin vgl. Ausführungen unter Rz. 2.19 ff.

¹⁵⁵ Zu den absolut höchstpersönlichen Rechten vgl. Ausführungen unter Rz. 2.16 f. und Rz. 2.151 f.

¹⁵⁶ Dazu ausführlich MICHEL, Rechte von Kindern, 196 ff.; SPRECHER FRANZISKA, Patientenrechte Urteilsunfähiger, 270, 281; THOMMEN, Eingriffe an Urteilsunfähigen, 40.

¹⁵⁷ Statt vieler: SPRECHER FRANZISKA, Patientenrechte Urteilsunfähiger, 270, 281.

¹⁵⁸ Art. 13 Abs. 2 lit. h TPG; Art. 22 Abs. 3 lit. b HFG; Art. 17 Abs. 1 lit. v Biomedizinkonvention; SAMW-Richtlinie Intensivmedizinische Massnahmen, Ziff. 7.1.

Trotzdem ist ihre Bedeutung und Tragweite umstritten. Kritisch zu hinterfragen sind insbesondere Vetorechte, welche einem Urteilsunfähigen die Ablehnung indizierter medizinischer Behandlungen ermöglichen.¹⁵⁹

- 2.40 Durch Partizipationsrechte sollen urteilsunfähige Minderjährige möglichst früh altersentsprechend über ihren Gesundheitszustand, den bevorstehenden Eingriff und die damit einhergehenden Folgen informiert und in den Entscheidungsprozess miteinbezogen werden.¹⁶⁰ Rechtsgrundlage für Partizipationsrechte von urteilsunfähigen Minderjährigen bilden Art. 12 KRK sowie Art. 6 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 2 der Biomedizinkonvention. Zudem sind Partizipationsrechte Urteilsunfähiger auch in spezialgesetzlichen gesundheitsrechtlichen Bundesgesetzen und -verordnungen enthalten.¹⁶¹ Daneben werden die Eltern durch Art. 301 Abs. 2 ZGB verpflichtet, «in wichtigen Angelegenheiten soweit tunlich» auf die Meinung des Kindes Rücksicht zu nehmen. Wie bereits ausgeführt, gehören medizinische Behandlungen zu den wichtigen Angelegenheiten eines betroffenen Kindes.¹⁶²
- 2.41 Die beschriebene Partizipation von einwilligungsunfähigen Kindern ist insofern zu begrüssen, als auf diese Weise der Schutzfunktion der Einwilligungsunfähigkeit angemessen Rechnung getragen werden kann. Die Partizipation ist als ein offener Umgang mit Informationen und dem Einbezug

¹⁵⁹ Zum Abwehrrecht des Kindes gegen Forschungsteilnahmen mit therapeutischer Wirkung vgl. Nationale Ethikkommission, Zur Forschung an Kindern, 23 f.; ebenso ROTHÄRMEL, Patientenrechte für Minderjährige, 165 ff.; TAUPITZ, Patientenautonomie, 75 ff.; SPRECHER FRANZISKA, Patientenrechte Urteilsunfähiger, 270, 281 ff.

¹⁶⁰ Vgl. dazu NIETHAMMER, Angesicht, 92 ff., welcher seine Erfahrungen mit krebserkrankten Kindern, die er bis zu ihrem Tod begleitet hat, sehr eindrücklich schildert. Seines Erachtens ist es ausserordentlich wichtig, mit den Kindern offen über den Tod zu sprechen und sie in die Behandlung miteinzubeziehen. Eine Tabuisierung und Beschönigung der Situation sei nicht hilfreich, denn Kinder würden erstaunlicherweise oft ahnen, wie es um sie stehe. Selbst vierjährige krebserkrankte Kinder würden sich mit dem eigenen Tod und dem Sterben auseinandersetzen, obwohl sie dies in diesem Alter noch nicht ausdrücken könnten. Schweigen und Beschönigungen der Situation seien nicht hilfreich und würden im Gegenteil das Kind mit seinen Ängsten alleine lassen und für Verunsicherung sorgen. Offenheit und Transparenz würden Abläufe und Therapie nachvollziehbar und planbar werden lassen und verhelpe zu einem vertrauensvollen und würdevollen Umgang. Ebenso NIETHAMMER, Kinder, 115 ff. Vgl. dazu auch MICHEL, Rechte von Kindern, 145; SPRECHER FRANZISKA, Patientenrechte Urteilsunfähiger, 270, 281.

¹⁶¹ Art. 13 Abs. 2 lit. g und Art. 13 Abs. 3 TPG; Art. 21 Abs. 1 HFG und Art. 22 Abs. 3 lit. b HFG.

¹⁶² Vgl. Ausführungen unter Rz. 2.35.

des urteilsunfähigen Kindes zu verstehen. Wie sich zeigt, sind klare Informationen und Transparenz aus therapeutischer Sicht sehr förderlich, da Kinder dadurch einerseits Vertrauen aufbauen, sich auf das Bevorstehende vorbereiten und gleichzeitig Unvorhergesehenes besser einordnen können.¹⁶³ Die Partizipation darf jedoch niemals so weit führen, dass Kindern die Entscheidungsverantwortung über ihre körperliche Integrität übertragen wird. Dies unter anderem deshalb, weil ein urteilsunfähiges Kind eine ärztliche Behandlung in der Regel nicht widerspruchslos duldet. Die Grenzen der Berücksichtigung von entgegengebrachtem Widerstandswillen, ablehnenden Reaktionen und Haltungen orientieren sich am Kindeswohl.¹⁶⁴ Daher ist eine medizinisch indizierte Behandlung auch dann durchzuführen, wenn sie offensichtlich nicht mit dem «Willen» des betroffenen urteilsunfähigen minderjährigen Patienten vereinbar ist.¹⁶⁵

Die Frage, ob die elterliche Entscheidungskompetenz entfällt, wenn Eltern die Meinung des Kindes nicht berücksichtigen, wird in der Lehre uneinheitlich beantwortet.¹⁶⁶ MICHEL weist zu Recht darauf hin, dass diese Schlussfolgerung zu weit ginge.¹⁶⁷ Unter Annahme der mangelnden rechtsgültigen Einwilligung der Eltern müsste der Arzt deren Folgen tragen und könnte zivil- als auch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Diese Konsequenz lässt sich aus rechtlicher Sicht nicht nachvollziehen, zumal es für den Arzt im Praxisalltag anspruchsvoll ist, abschliessend zu klären, ob und wie das Kind von seinen Eltern einbezogen wurde. Nach dem Willen des Gesetzgebers wirkt Art. 301 Abs. 2 ZGB im Innenverhältnis zwischen Eltern und Kind und zielt darauf ab, den Schutz und die Förderung der Persönlichkeit des Kindes zu gewährleisten.¹⁶⁸ Berücksichtigen Eltern die Meinung des Kindes ungenügend, führt dies allerdings zu einer Verletzung der Persönlichkeitsrechte des betroffenen Kindes. Gefährden die Eltern damit das Kindeswohl, sind Kindesschutzmassnahmen zu prüfen. Die Einwilligungszuständigkeit der Eltern entfällt indessen nicht automatisch.

¹⁶³ ROTHÄRMEL/WOLFLAST/FEGERT, 293, 298; RUMO-JUNGO, 1465, 1479.

¹⁶⁴ MICHEL, Rechte von Kindern, 148 f.; SCHLATTER, 102 f.; SPRECHER FRANZISKA, Forschung mit Kindern, 268.

¹⁶⁵ Zur medizinischen Indikation vgl. Ausführungen unter Rz. 2.12 und Rz. 2.68 ff.

¹⁶⁶ Für das Entfallen der elterlichen Entscheidungskompetenz, wenn Eltern Wünsche des Kindes nicht berücksichtigen und dies für den Arzt erkennbar ist: SPRECHER FRANZISKA, Forschung mit Kindern, 268 f.; ROTHÄRMEL, Patientenrechte Minderjähriger, 195; a.M. MICHEL, Rechte von Kindern, 146 f.

¹⁶⁷ MICHEL, Rechte von Kindern, 147 ff.

¹⁶⁸ SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 7 zu Art. 301 ZGB; TSCHÜMPERLIN, 102.

II. Abschluss des Behandlungsvertrages

1. Ausgangslage

- 2.43 Ärztliches Tätigwerden setzt neben einer rechtsgültigen Einwilligung den Abschluss eines Behandlungsvertrages voraus. Wie soeben dargestellt, sind urteilsfähige Minderjährige berechtigt, ihre Einwilligung in eine medizinische Behandlung zu erteilen.¹⁶⁹ Diese Tatsache ist allerdings nicht gleichzusetzen mit dem Recht, selbstständig einen ärztlichen Behandlungsvertrag abzuschliessen. Der Abschluss eines Behandlungsvertrages und die Einwilligung in eine medizinische Behandlung sind strikt voneinander zu trennen.¹⁷⁰ Urteilsfähige Minderjährige sind mangels Volljährigkeit handlungsunfähig¹⁷¹ und daher grundsätzlich nicht bzw. lediglich mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters in der Lage, einen Vertrag abzuschliessen (Art. 19 Abs. 1 ZGB). Diese Rechtslage ist aus persönlichkeitsrechtlichen Gesichtspunkten problematisch, führt sie doch dazu, dass urteilsfähige Minderjährige in der konkreten Ausübung ihrer höchstpersönlichen Rechte, vorliegend der Einwilligung in eine medizinische Behandlung, auf die Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter angewiesen sind.
- 2.44 Der folgende Abschnitt ist dieser Problemstellung gewidmet. Es ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen es urteilsfähigen Minderjährigen möglich sein soll, selbstständig einen ärztlichen Behandlungsvertrag abzuschliessen. Vorab ist einleitend auf den Abschluss des Behandlungsvertrages durch die Eltern einzugehen.

2. Vertragsabschluss durch die Eltern

A) Abgrenzung Stellvertretung/Vertrag zugunsten Dritter

- 2.45 Das urteilsunfähige Kind ist handlungsunfähig und vermag durch sein Handeln grundsätzlich weder Rechte noch Pflichten zu begründen (Art. 18 ZGB).¹⁷² Für seine Teilnahme am Rechtsverkehr ist es auf die Vertretung durch die Eltern angewiesen. Schliessen die Eltern für das urteilsunfähige Kind einen ärztlichen Behandlungsvertrag ab, können rechtlich gesehen verschiedene Konstellationen vorliegen. Handeln die Eltern als gesetzliche Stellvertreter (Art. 32 OR) im

¹⁶⁹ Zum höchstpersönlichen Recht der Einwilligung in eine medizinische Behandlung vgl. Ausführungen unter Rz. 2.16 f.

¹⁷⁰ BRÜCKNER, Rz. 220; BÜCHLER/HOTZ, 565, 574; FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 103, 115 f.; MICHEL, Rechte von Kindern, 123 ff.; NÄGELI, 87 f.

¹⁷¹ Handlungsfähig ist, wer volljährig und urteilsfähig ist (Art. 13 ZGB).

¹⁷² Als Ausnahme von diesem Grundsatz zu nennen ist die Haftung nach Art. 54 Abs. 1 (sog. Billigkeitshaftung aus unerlaubter Handlung). Vgl. dazu HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 17.115.

Namen des Kindes, wird das Kind Vertragspartner.¹⁷³ Treten die Eltern demgegenüber beim Abschluss des Behandlungsvertrages im eigenen Namen auf und lassen sich die ärztliche Leistung an das Kind versprechen, ist von einem Vertrag zugunsten Dritter auszugehen (Art. 112 OR). Diesfalls ist das Kind weder am Vertragsschluss beteiligt noch treten die Vertragswirkungen bei demselben ein.

Für die Differenzierung zwischen der Stellvertretung und dem Vertrag zugunsten Dritter wird im Wesentlichen darauf abgestellt, wer zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet ist. Nach den Regeln der direkten Stellvertretung, treten die Wirkungen des rechtserheblichen Handelns der ermächtigten Stellvertreterin bei der vertretenen Person, vorliegend demnach dem Kind ein. Dieses muss hierfür weder urteilsfähig noch handlungsfähig sein; vielmehr wird einzig dessen Rechtsfähigkeit vorausgesetzt.¹⁷⁴ Beim echten Vertrag zugunsten Dritter treten die Vertragswirkungen beim Vertreter, daher vorliegend bei den Eltern ein. 2.46

Mit dem Argument, dass sich kein vernünftiger Vertragspartner an ein vermögensloses Kind halte, sondern vielmehr nur eine unterhaltspflichtige Person in der Pflicht stehen könne die Gegenleistung zu erbringen, wird der ärztliche Behandlungsvertrag mit einem urteilsunfähigen Minderjährigen mehrheitlich als Vertrag zugunsten Dritter eingestuft.¹⁷⁵ Die direkte Stellvertretung würde nach den Vertretern dieser Lehrmeinung lediglich dann zur Anwendung gelangen, wenn das Kind über ein nennenswertes Vermögen (durch Schenkung/ Erbschaft/Arbeitserwerb) verfügt und der Arzt Kenntnis davon erlangt.¹⁷⁶ 2.47

¹⁷³ Die Einräumung der elterlichen Vertretungsmacht beruht auf Art. 304 Abs. 1 ZGB, weshalb von einer sog. gesetzlichen Vertretungsmacht auszugehen ist. Vgl. dazu SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 2 f zu Art. 304/305 ZGB; BREITSCHMID, HandKomm, N 1 zu Art. 304 ZGB; HUGUENIN, Obligationenrecht, 308.

¹⁷⁴ Statt vieler: HUGUENIN, Obligationenrecht, 303.

¹⁷⁵ Vgl. BGE 116 II 519 E. 2; Entscheid des Obergerichts Bern (ZK 10 569) vom 2. Mai 2011 E. C. ii) 5 f.; BOSCHUNG, Rz. 584; NÄGELI, 80, 86; RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 4 f.; SCHWENZER, Vertretungsmacht, 679, 686; HUGUENIN, Obligationenrecht, 304; KRAUSKOPF, Rz. 76 f.; zum Behandlungsvertrag in der Geburtshilfe: MANNSDORFER, 101, 113. In der Geburtshilfe ist nicht notwendigerweise nur die schwangere Frau Vertragspartei, vielmehr ist auch der Abschluss des Vertrages zugunsten des ungeborenen Kindes möglich. Die schwangere Frau lässt sich die Leistung an das ungeborene Kind mitversprechen.

¹⁷⁶ Vgl. dazu MICHEL, Rechte von Kindern, 128 f.; NÄGELI, 85 f.; RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 6 f.

- 2.48 Vorerwähnte Argumentation mag schlüssig sein. Allerdings führt diese Betrachtungsweise zu dogmatischen Divergenzen in Bezug auf den Versicherungsvertrag des Kindes. Dies im Wesentlichen deshalb, weil Eltern in ihrer Eigenschaft als gesetzliche Vertreter nach Art. 304 Abs. 1 ZGB verpflichtet sind, ihre Kinder bei einer Krankenkasse versichern zu lassen (Art. 3 Abs. 1 KVG). Da im KVG nach dem Prinzip der Individualversicherung das Versicherungsverhältnis jeweils lediglich für die angeschlossene, versicherte Person gilt, ist nur diese vom Versicherungsschutz erfasst.¹⁷⁷ Indem nun die Eltern im Namen ihrer Kinder einen Versicherungsvertrag abschliessen, treten die Wirkungen desselben beim Kind ein. Das Kind erhält den vertraglich vorgesehen Versicherungsschutz und wird gleichzeitig zur Prämienschuldnerin. Fallen Behandlungskosten beim Kind an, sind diese nach Massgabe der in Art. 32 ff. KVG festgehaltenen Voraussetzungen von der Krankenversicherung zu übernehmen (Art. 24 KVG). Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass auch bei der Variante der Stellvertretung dem behandelnden Arzt die angefallenen Behandlungskosten von Seiten der Eltern entschädigt werden.¹⁷⁸ Diesfalls leisten die Eltern allerdings nicht auf Basis des Behandlungsvertrages, sondern vielmehr (indirekt) aufgrund ihre elterlichen Unterhaltspflicht (Art. 276 Abs. 1 ZGB). Letztlich bleiben die Kosten jedoch nicht an den Eltern hängen, da diese – wiederum im Namen ihrer Kinder – einen Rückerstattungsanspruch gegenüber der Krankenversicherung haben.
- 2.49 Im Vergleich dazu sind die Eltern bei Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter gegenüber dem Arzt direkt leistungspflichtig. Da damit beim versicherten Kind selbst keine Behandlungskosten anfallen, besteht seitens der Krankenversicherung im Grunde genommen weder eine gesetzliche noch eine vertragliche Pflicht, die Behandlungskosten zu übernehmen.

¹⁷⁷ Die obligatorische Krankenpflegeversicherung in der Schweiz ist nach dem Prinzip der Individualversicherung ausgestaltet. Dies im Gegensatz zu verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen, nach denen sich der Versicherungsschutz eines Familienoberhauptes auf seine nicht erwerbstätigen Familienmitglieder ausdehnt (sog. Familienversicherung). Vgl. dazu SIEGLE, 310, 322 f.

¹⁷⁸ Dies zumindest im System des tiers garant. Bei stationären Behandlungen eines Kindes ist der Versicherer nach Art. 42 Abs. 2 KVG direkt leistungspflichtig (Tiers payant). Der Versicherer hat damit direkt an den Leistungserbringer zu leisten. Der Gesetzgeber wollte mit dem gesetzlichen Tiers payant die Versicherten von einer oftmals finanziell nicht tragbaren Bevorschussung von Spitalleistungen befreien und eine zweckmässige Verwendung der Vergütungen von Versicherer und Kanton sicherstellen. Vgl. dazu EUGSTER, KVG Komm, N 7 zu Art. 42 KVG. Im Übrigen gilt der Grundsatz, dass die versicherte Person den Leistungserbringern die Vergütung der Leistung schuldet (Tiers garant).

B) Fazit

Bei Annahme einer Stellvertretung handeln die Eltern beim Abschluss des ärztlichen Behandlungsvertrages im Namen ihres urteilsunfähigen Kindes. Damit wird einzig das Kind Vertragspartnerin. Fallen Behandlungskosten an, greift der vertraglich vorgesehene Versicherungsschutz, da die Krankenversicherung, die auch tatsächlich beim Kind angefallenen Behandlungskosten zu übernehmen hat. Rechtsdogmatisch problematisch wird es demgegenüber, wenn der Behandlungsvertrag als Vertrag zu Gunsten Dritter eingestuft wird. Diesfalls werden einzig die Eltern (direkt) leistungspflichtig, währenddessen die Krankenversicherung die angefallenen Behandlungskosten mangels eingetretenen Versicherungsfalls beim Kind nicht zu übernehmen bräuchte.

3. Vertragsabschluss durch urteilsfähige Minderjährige

A) Erlangung unentgeltlicher Vorteile/geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens

Der urteilsfähige Minderjährige kann selbstständig Vorteile erlangen, die unentgeltlich sind oder geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens besorgen (Art. 19 Abs. 2 ZGB). Der Grossteil der Lehre orientiert sich hinsichtlich der Frage, ob ein urteilsfähiger Minderjähriger¹⁷⁹ selbstständig einen ärztlichen Behandlungsvertrag abschliessen kann, an den anfallenden Behandlungskosten und der Leistungsübernahme durch die

¹⁷⁹ Urteilsunfähige Minderjährige sind grundsätzlich voll handlungsunfähig (Art. 17 ZGB), weshalb sie nicht in der Lage sind, einen ärztlichen Behandlungsvertrag abzuschliessen. Insofern ist hinsichtlich des Abschlusses eines Behandlungsvertrages nicht weiter auf die Rechtslage urteilsunfähiger Minderjähriger einzugehen. An ihrer Stelle schliessen entweder die Eltern oder die Kindesschutzbehörde (bei einer Gefährdung des Kindeswohls nach Art. 307 ff. ZGB) den Behandlungsvertrag ab.

Krankenversicherung oder andere Versicherungen.¹⁸⁰ Einzelne Autoren ziehen in die Beurteilung zusätzlich mit ein, ob allfällig zu übernehmende Behandlungskosten darüber hinaus im Bereich des freien Kindesvermögens nach Art. 323 ZGB liegen, in welchem urteilsfähige Minderjährige grundsätzlich voll handlungsfähig sind.¹⁸¹

- 2.52 Im Vergleich zu den bisherigen Lehrmeinungen wählt RUMETSCH einen sehr differenzierten Weg. Sie prüft die Frage der Zulässigkeit eines eigenständigen Vertragsabschlusses gesondert in verschiedenen Fallgruppen.¹⁸² Unter dem Titel Erlangung unentgeltlicher Vorteile nach Art. 19 Abs. 2 ZGB geht sie detailliert auf die Leistungsübernahme durch die Krankenversicherung ein.¹⁸³ In diesem Zusammenhang unterscheidet sie zum einen danach, ob die Behandlung in den Bereich der obligatorischen Krankenversicherung (OKP) oder der Zusatzversicherung fällt. Des Weiteren differenziert sie nach dem Kostenvergütungsprinzip: Kostenerstattung gegenüber dem Versicherten (Tiers garant)¹⁸⁴ und direkte Vergütung des Leistungserbringers (Tiers payant)¹⁸⁵. In

¹⁸⁰ NÄGELI, 23, f. und 87 f. unterscheidet danach, ob durch die Behandlung lediglich geringfügige finanzielle Kosten entstehen oder ob die Behandlung mit einer grossen finanziellen Verpflichtung verbunden ist. Im zweiterwähnten Fall bedarf es seines Erachtens die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, wenn die Kosten nicht mehr aus dem freien Kindesvermögen bestritten werden können. Siehe auch LANDOLT, Grundlagen, 280, 285 f.; TSCHÜMPERLIN, 241 ff. und MICHEL, Rechte von Kindern, 126 ff. orientieren sich primär danach, ob die Behandlungskosten von der Krankenversicherung übernommen werden. Diesfalls überwiegt für die Autoren der Schutz der höchstpersönlichen Rechte, weshalb der urteilsfähige Minderjährige den Behandlungsvertrag selbstständig und ohne Zustimmung der Eltern abschliessen kann. Werden die Behandlungskosten demgegenüber weder von der Krankenversicherung noch einer anderen Versicherung übernommen, braucht der urteilsfähige Minderjährige für den Abschluss des Behandlungsvertrages grundsätzlich die Zustimmung der Eltern.

¹⁸¹ MICHEL, Rechte von Kindern, 127 f., prüft in einem zweiten Schritt unter der Annahme, dass die Behandlungskosten nicht getragen werden, ob diese im Bereich des freien Kindesvermögens einzuordnen sind. Ist dies der Fall, ist die Zustimmung der Eltern zum Abschluss des Behandlungsvertrages entbehrlich.

¹⁸² RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 13 ff., unterscheidet die Fallgruppen: Kindesvermögen zur freien Verfügung nach Art. 323 ZGB, Erlangung unentgeltlicher Vorteile (Art. 19 Abs. 2 ZGB) und Ausübung höchstpersönlicher Rechte (Art. 19c Abs. 1 ZGB).

¹⁸³ RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 13 ff.

¹⁸⁴ Wird nichts anderes abgemacht, leistet der Versicherte die Vergütung an den Leistungserbringer. In diesem Fall hat der Versicherte gegen den Versicherer einen Anspruch auf Rückerstattung (Art. 42 Abs. 1 KVG).

¹⁸⁵ Bei stationären Leistungen leistet der Versicherer die Vergütung in der Regel direkt an den Leistungserbringer (Art. 42 Abs. 2 KVG).

Fällen des *Tiers payant* erscheint es für sie sodann bei nicht eingreifender Kostenbeteiligung¹⁸⁶ und bei erreichter Erschöpfung des Selbstbehaltes möglich, einen unentgeltlichen Vorteil im Sinne von Art. 19 Abs. 2 ZGB anzunehmen.¹⁸⁷ Im Übrigen ist für sie in Fällen des (*Tiers garant*) die Erlangung eines unentgeltlichen Vorteils nach Art. 19 Abs. 2 ZGB in der Regel nicht erfüllt.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist Art. 19 Abs. 2 ZGB nach dem Wortlaut der Bestimmung auszulegen. Demgemäss können urteilsfähige Minderjährige ohne die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters *unentgeltliche Vorteile* erlangen oder *geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens* besorgen. Der Begriff der *unentgeltlichen Vorteile* nach Art. 19 Abs. 2 ZGB bezieht sich auf Rechtsgeschäfte, die keine Verpflichtung oder Belastung zur Folge haben. Es sind damit Rechtsgeschäfte gemeint, die Rechte einräumen oder die betroffene Personen von Verbindlichkeiten befreien.¹⁸⁸ Nach HAUSHEER/AEBI-MÜLLER muss das Kriterium der Unentgeltlichkeit im Typus des Geschäfts liegen, so dass damit keinerlei Belastung verbunden sein kann.¹⁸⁹ Der Abschluss eines Behandlungsvertrages durch urteilsfähige Minderjährige befreit allerdings weder von Verbindlichkeiten, noch werden dadurch ausschliesslich Rechte eingeräumt. Die Tatsache, dass die Krankenversicherung oder andere Versicherungen die Kosten (teilweise) übernehmen und ein allfälliger Selbstbehalt über den gesetzlichen Vertreter im Rahmen der gesetzlichen Unterhaltspflicht oder über das freie Kindesvermögen nach Art. 323 ZGB abgedeckt werden kann, ist nicht gleichzusetzen mit der Erlangung eines *unentgeltlichen Vorteils* nach Art. 19 Abs. 2 ZGB. 2.53

Die Ausführungen von RUMETSCH zu den sozialversicherungsrechtlichen Rahmenbedingungen und der Kostentragung durch die Krankenversicherung vermögen zwar darzulegen, dass es bei Vorliegen spezifischer Voraussetzungen Situationen gibt, in denen urteilsfähige Minderjährige tatsächlich einen unentgeltlichen Vorteil erlangen können. Da jedoch jede Behandlung auch Risiken birgt, ist fraglich, ob eine «Gratis-Behandlung» ein unentgeltlicher Vorteil ist. Zudem verdeutlicht sich, dass dieser Vorteil von verschiedenen im Einzelfall abzuklärender Faktoren (Kostenvergütungsprinzip, Ausschöpfung des Selbstbehaltes, Kostenbeteiligung, stationäre Behandlung/ambulante Behandlung, Behandlung im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung 2.54

¹⁸⁶ Kinder bezahlen keine Franchise, jedoch gilt auch für sie eine Kostenbeteiligung (Selbstbehalt) nach Art. 64 Abs. 4 KVG. Dieser Selbstbehalt kann bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 64 Abs. 4 KVG unter Umständen ausgeschöpft sein.

¹⁸⁷ RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 28 ff.

¹⁸⁸ BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, BSK ZGB I, N 26 zu Art. 19 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 84.

¹⁸⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 84.

oder im Rahmen der freiwilligen Zusatzversicherung) abhängig ist. Insofern ist es kaum möglich, eine allgemeingültige Antwort auf die eingangs gestellte Frage zu geben. Aus diesem Grund erscheint es wenig praxisnah und geeignet, in jedem Einzelfall die Kostentragung aufwändig abzuklären, um zu prüfen, ob ein unentgeltlicher Vorteil und damit ein eigenständiger Vertragsabschluss durch urteilsfähige Minderjährige möglich ist.

- 2.55 Der Begriff der *geringfügigen Angelegenheiten des täglichen Lebens* nach Art. 19 Abs. 2 ZGB bezieht sich auf kleine und alltägliche Bargeschäfte des täglichen Lebens. Hierzu wird etwa der (angemessene) Kauf von Lebensmitteln, Zeitschriften oder Kosmetika oder die Benutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln gezählt.¹⁹⁰ Der Abschluss eines ärztlichen Behandlungsvertrages ist demgegenüber nicht alltäglich und in der Regel auch nicht von geringfügiger Bedeutung, weshalb er auch nicht mit dem Begriff der *geringfügigen Angelegenheiten des täglichen Lebens* nach Art. 19 Abs. 2 ZGB in Zusammenhang gebracht werden darf.
- 2.56 Nach dem Gesagten kann in Art. 19 Abs. 2 ZGB keine Rechtsgrundlage gesehen werden, um dem urteilsfähigen Minderjährigen das Recht einzuräumen, selbstständig einen Behandlungsvertrag abzuschliessen.

B) Ausübung höchstpersönlicher Rechte

- 2.57 Die zweite Ausnahme der Beschränkung der generellen Handlungsunfähigkeit von urteilsfähigen Minderjährigen bildet Art. 19c Abs. 1 ZGB. Nach dieser Bestimmung können urteilsfähige Minderjährige selbstständig Rechte ausüben, «die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen», sofern nicht das Gesetz die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorsieht. Wie bereits ausgeführt, sieht Art. 19 Abs. 1 ZGB die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum Abschluss eines Vertrages vor.¹⁹¹
- 2.58 Da dieses Zustimmungserfordernis auch für den Abschluss eines ärztlichen Behandlungsvertrages mit urteilsfähigen Minderjährigen zur Anwendung gelangt, kann dieser in der Wahrnehmung seiner höchstpersönlichen Rechte gehindert sein. So kann der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung in eine medizinische Behandlung oder einen rein ästhetisch motivierten Eingriff

¹⁹⁰ BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, BSK ZGB I, N 32a ff. zu Art. 19 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 85 f.; ebenso RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 10 f., mit Hinweis auf die Botschaft Erwachsenenschutz, 7001, 7095 und den Verweis auf das deutsche BGB.

¹⁹¹ Vgl dazu Ausführungen unter Rz. 2.43.

verweigern.¹⁹² Daneben besteht die Möglichkeit, dass urteilsfähige Minderjährige die Eltern aus persönlichen Gründen nicht einbeziehen möchten.

In der Lehre haben sich verschiedene Autoren mit dieser Problematik auseinandergesetzt. Nach dem Ansatz von HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, der sich allerdings nicht spezifisch auf das ärztliche Behandlungsverhältnis bezieht, darf der gesetzliche Vertreter dem beschränkt Handlungsunfähigen die Ausübung eines höchstpersönlichen Rechts nicht illusorisch machen. Kann «der beschränkt Handlungsunfähige seine legitimen Interessen nicht in angemessener Weise geltend machen», weil sich der gesetzliche Vertreter weigert, seine Zustimmung zu erteilen, überschreitet der gesetzliche Vertreter nach Ansicht der Autoren sein gesetzliches Vertretungsrecht.¹⁹³ BRÜCKNER argumentiert in seiner direkt auf ärztliche Behandlungsverträge bezogenen Darstellung, dass nicht der Vertragsschluss als solcher, sondern vielmehr erst die vertragsgemässe Tätigkeit des Arztes höchstpersönliche Aspekte beinhalte. Sofern das Kind die Kosten der Behandlung nicht durch das freie Kindesvermögen decken könne, sei der Vertrag durch die Eltern abzuschliessen.¹⁹⁴ Nach RUMETSCH kann nun aber die Unmöglichkeit zum Abschluss eines Behandlungsvertrages qualitativ gleichbedeutend sein, wie die Vereitelung des höchstpersönlichen Rechts, eine medizinische Behandlung abzuwehren oder in eine ebensolche einzuwilligen. Ist die «Kerngehaltsgarantie der persönlichen Freiheit» betroffen, muss ihres Erachtens der urteilsfähigen minderjährigen Person das Recht zugestanden werden, eigenständig einen ärztlichen Behandlungsvertrag abzuschliessen.¹⁹⁵

Das Bundesgericht hat sich in einem Verfahren um Entlassung aus einer fürsorglichen Freiheitsentziehung (heute Fürsorgliche Unterbringung nach Art. 426 ZGB) sowie einem Verfahren auf dem Gebiet des Strafprozessrechts mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine entmündigte, urteilsfähige Person ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters berechtigt ist, einen Rechtsanwalt

¹⁹² Zu den Besonderheiten von ästhetischen Eingriffen an beschränkt Handlungsunfähigen vgl. Rz. 6.48 ff.

¹⁹³ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 86 f.

¹⁹⁴ BRÜCKNER, Rz. 220 f.

¹⁹⁵ RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 45 ff. Diese qualitative Gleichsetzung ist für sie lediglich in zwei Konstellationen gegeben. Dies ist zum einen der Fall beim Schwangerschaftsabbruch einer Minderjährigen und bei der Verschreibung von Kontrazeptiva (Verhütungsmitteln). In allen übrigen Fällen lässt sich diese Argumentation ihres Erachtens nicht anbringen. Die Autorin legt Art. 19c Abs. 1 ZGB in Anwendung der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten grundrechtskonform aus.

zu beauftragen.¹⁹⁶ In beiden Verfahren gelangte das Bundesgericht zur Ansicht, urteilsfähigen Handlungsunfähigen müsse im Hinblick auf eine wirksame Einlegung eines Rechtsmittels das Recht gegeben werden, einen gewillkürten Vertreter zu bestellen, da sonst das höchstpersönliche Recht zur Einlegung eines Rechtsmittels unwiederbringlich verloren gehe.

- 2.61 Die erläuterte Argumentation, wonach einem beschränkt Handlungsunfähigen in Wahrnehmung eines höchstpersönlichen Rechts der Abschluss eines Vertrages möglich sein müsse, wenn der Betroffene ansonst irreversible Folgen zu ertragen hätte, die mit der Vereitelung der Ausübung des höchstpersönlichen Rechts gleichzusetzen sind, überzeugt. In Anwendung dieser Überlegungen auf die einleitende Frage, ob ein urteilsfähiger Minderjähriger selbstständig einen ärztlichen Behandlungsvertrag abschliessen kann, zeigt sich, dass es keine allgemeingültige Antwort geben kann. Die wegweisende Frage ist, ob die Unmöglichkeit eines selbstständigen Vertragsabschlusses durch den urteilsfähigen Minderjährigen zu einer Situation führt, die irreversible und unwiederbringliche Folgen hat, die gleich schwer wiegen, wie wenn der betroffenen Person die Ausübung ihres höchstpersönlichen Rechts vereitelt würde (Gleichwertigkeit). Sind die Voraussetzungen hierfür gegeben, muss der urteilsfähigen minderjährigen Person nach Art. 19c Abs. 1 ZGB das Recht eingeräumt werden, selbstständig einen ärztlichen Behandlungsvertrag abzuschliessen.
- 2.62 Die beschriebenen irreversiblen Folgen einer Nichtbehandlung fehlen demgegenüber, sofern mit einem ärztlichen Eingriff zugewartet werden kann, bis die betroffene Person handlungsfähig ist. Hiervon ist namentlich bei rein ästhetischen Eingriffen auszugehen.¹⁹⁷ Ebenso fehlen die irreversiblen Folgen falls die Eltern ihre Zustimmung zum Abschluss eines Behandlungsvertrages bei

¹⁹⁶ Urteil des BGer 5A_10/2007 vom 23. März 2007 E. 3.2.3; BGE 112 IV 9 E. 1, zur Beauftragung eines Anwaltes durch einen urteilsfähigen Entmündigten in einem Strafprozess; ähnlich Urteil des BGer 5A_194/2011 betreffend der Beauftragung eines Anwalts durch eine bevormundete Person. In diesem Fall stand jedoch vorwiegend der Urteilsfähigkeit des Bevormundeten zur Diskussion.

¹⁹⁷ Zum ärztlichen Behandlungsvertrag bei rein ästhetischen Eingriffen an Minderjährigen vgl. Ausführungen unter Rz. 6.48 ff.

einer medizinisch indizierten Behandlung verweigern.¹⁹⁸ In diesen Situationen ist hierfür stellvertretend die KESB zuzuziehen (Art. 307 ff. ZGB), womit die Voraussetzungen gegeben sind, den urteilsfähigen Minderjährigen ärztlich zu behandeln. Lässt eine dringliche Behandlung den Einbezug der KESB nicht zu, wird der Arzt die Behandlung gestützt auf die Einwilligung des urteilsfähigen Minderjährigen vorerst ohne förmlichen Vertragsschluss durchführen.¹⁹⁹

Möchte die urteilsfähige minderjährige Person die Eltern zum Abschluss des Behandlungsvertrages nicht einbeziehen, da sie beispielsweise eine Störung des Vertrauensverhältnis zu denselben befürchtet, ist zu differenzieren. Bei medizinisch indizierten Eingriffen besteht wiederum die Möglichkeit, die KESB zum Abschluss des Behandlungsvertrages zuzuziehen. Bei ärztlichen Eingriffen, die demgegenüber ohne irreversible Folgen nicht aufgeschoben werden können, zu denken ist in diesem Zusammenhang an den Schwangerschaftsabbruch einer Minderjährigen oder die Abgabe von Kontrazeptiva, muss der betroffenen Person zur Ausübung ihrer höchstpersönlichen Rechte nach Art. 19c Abs. 1 ZGB das Recht eingeräumt werden, selbstständig einen ärztlichen Behandlungsvertrag abzuschliessen.²⁰⁰

C) Gesetzliche Sondervorschriften mit Ermächtigungscharakter

Der Gesetzgeber sieht in einzelnen Sonderbestimmungen Handlungsfreiräume für beschränkt Handlungsunfähige vor (freies Kindesvermögen nach Art. 321 ZGB, Vermögen das durch eigene Arbeit erworben wurde oder Vermögen für die selbstständige Berufsausübung nach Art. 323 ZGB).²⁰¹ Bezugnehmend auf die einleitende Frage, hinsichtlich eines selbstständigen Vertragsabschlusses durch einen urteilsfähigen Minderjährigen, ist insbesondere die Sondervorschrift zum Arbeitserwerb nach Art. 323 Abs. 1 ZGB zu nennen. Der Bestimmung folgend ist das Kind, im Rahmen des ihm nach

¹⁹⁸ Falls die urteilsfähige minderjährige Person die Einwilligung in eine medizinische Behandlung verweigert, ist der Arzt nicht berechtigt, den Eingriff durchzuführen (vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.16 f.). Zudem ist die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters ausgeschlossen. Vgl. in diesem Zusammenhang BGE 134 II 235 E. 4.1 zur Disziplinarbusse eines Osteopathen, der eine urteilsfähige Minderjährige entgegen ihrem Willen weiterbehandelte. In diesen Fällen fehlt naheliegenderweise das Bedürfnis des urteilsfähigen Minderjährigen, selbstständig einen ärztlichen Behandlungsvertrag abzuschliessen. Vgl. dazu auch HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 87.

¹⁹⁹ Zum Begriff der dringlichen Behandlung vgl. Ausführungen unter Rz. 2.13 f.

²⁰⁰ Vgl. dazu auch RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 45 ff.

²⁰¹ M.w.H. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 88 f.; BIDERBOST, HandKomm, N 1 zu Art. 321–323 ZGB.

Art. 323 Abs. 1 ZGB gewährten Betätigungsrahmens, handlungsfähig.²⁰² Nach dem Gesagten kann der urteilsfähige Minderjährige selbstständig und ohne zusätzliche Zustimmung der Eltern Behandlungsverträge abschliessen, sofern er die daraus erwachsenden Verpflichtungen durch seinen Arbeitsverdienst oder sein Vermögen, das ihm die Eltern zur Ausübung eines Berufes oder eines eigenen Gewerbes herausgegeben haben, zu decken vermag.

D) Fazit

- 2.65 Anhand der vorstehenden Ausführungen hat sich gezeigt, dass urteilsfähige Minderjährige im Grundsatz nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters einen ärztlichen Behandlungsvertrag nach Art. 19 Abs. 1 ZGB abschliessen können. Die in Art. 19 Abs. 2 ZGB normierte Ausnahmeregelung, wonach zur *Erlangung unentgeltlicher Vorteile* oder für *geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens* ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ein Vertragsabschluss für beschränkt Handlungsunfähige möglich ist, greift nicht, da in der Regel kein unentgeltliches Rechtsgeschäft, bzw. nur im absoluten Ausnahmefall keine Kosten anfallen und der Behandlungsvertrag in der Regel auch nicht risikolos ist. Im Übrigen sind ärztliche Behandlungen nicht alltäglich. Eine mögliche Rechtsgrundlage zum selbstständigen Abschluss eines Behandlungsvertrages kann hingegen, bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen, in Art. 323 Abs. 1 ZGB (Vermögen für selbstständige Berufsausübung und Vermögen, das durch eigene Arbeit erworben wurde) gesehen werden. Führt die fehlende Möglichkeit eines eigenständigen Vertragsabschlusses durch einen urteilsfähigen Minderjährigen zu irreversibler Betroffenheit, sollte diesem zur Ausübung seines höchstpersönlichen Rechtes nach Art. 19c Abs. 1 ZGB das Recht zum eigenständigen Vertragsabschluss eingeräumt werden, dies analog zur Möglichkeit der selbstständigen Beauftragung eines Anwalts bei fürsorgerischer Unterbringung einer verbeiständeten Person. In allen übrigen Fällen greifen Ersatzvornahmen (Einbezug der KESB, dringliche Behandlung, etc.), weshalb kein Bedarf besteht, den in Art. 19 Abs. 1 ZGB normierten Grundsatz (Erfordernis der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters) aufzubrechen.

3. Kapitel: Grenzen elterlicher Vertretungsrechte

- 2.66 Nachdem die Grundlagen des elterlichen Vertretungsrechts dargestellt sind, wird im vorliegenden Kapitel der Fokus auf die Grenzen elterlichen Handelns in gesundheitlichen Fragestellungen des Kindes gelegt. Es soll der Frage nachgegangen werden, in welchen Situationen Eltern nicht mehr allein darüber befinden dürfen, ob ihr Kind ärztlich behandelt wird oder ob von einer

²⁰² BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 4 f. zu Art. 323 ZGB.

Behandlung abzusehen ist. Neben allgemeinen Kriterien zur Grenzziehung elterlichen Handelns ist auf die Rechte der Eltern in Spezialbereichen der Medizin einzugehen. Wo vorhanden sind die spezialgesetzlichen Regelungen zu erläutern. Im Übrigen sind die in der Lehre und Rechtsprechung verwendeten Kriterien darzustellen und einer kritischen Würdigung zu unterziehen.

I. Urteilsfähigkeit des Kindes

Die Einwilligung in eine medizinische Behandlung ist, wie dargelegt, ein höchstpersönliches Recht.²⁰³ Nach Art. 19c Abs. 1 ZGB sind urteilsfähige handlungsunfähige Personen – vorbehaltlich einer spezialgesetzlichen Regelung – berechtigt, selbstständig in ein höchstpersönliches Recht einzuwilligen. Das elterliche Vertretungsrecht entfällt damit sobald das Kind hinsichtlich der in Frage stehenden Behandlung urteilsfähig ist.²⁰⁴ Die Urteilsfähigkeit des Kindes bildet daher eine erste Grenze elterlicher Behandlungsentscheide. 2.67

II. Kindeswohl in gesundheitlichen Fragestellungen

1. Medizinische Indikation als Orientierung

Alle beteiligten Akteure im Familien- und Kindesrecht haben sich am Kindeswohl zu orientieren.²⁰⁵ Demnach haben sich auch die Eltern hinsichtlich Entscheidungen, die die gesundheitliche Situation des Kindes betreffen, grundsätzlich nach dem Wohl des Kindes auszurichten. Bei medizinischen Behandlungen von urteilsunfähigen Kindern gilt der Grundsatz, wonach «eine medizinisch indizierte,²⁰⁶ lege artis durchgeführte Behandlung dem Wohl des Kindes entspricht».²⁰⁷ 2.68

Dementsprechend haben die Eltern keine andere Wahl, als in eine aus medizinischer Sicht klar indizierte Behandlung einzuwilligen. Verweigern sie die Einwilligung, ist ihre Verhaltensweise nicht mit dem Wohl des Kindes vereinbar. Führt dies zu einer Gefährdung des Kindeswohls, ist die KESB einzubeziehen (vgl. Art. 307 ff. ZGB).²⁰⁸ Existieren aus medizinischer Sicht verschiedene, gleichwertige Behandlungsmethoden, haben die Eltern hingegen einen grösseren Entscheidungsspielraum. 2.69

²⁰³ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.16.

²⁰⁴ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.17 f.

²⁰⁵ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.8.

²⁰⁶ Zum Begriff der medizinischen Indikation vgl. Ausführungen unter Rz. 2.13 f.

²⁰⁷ SCHLATTER, 107 ff.; MICHEL, Ashley, 141, 157 f.; MICHEL, Rechte von Kindern, 139; TAG, 669, 698; THOMMEN, Eingriffe an Urteilsunfähigen, 11.

²⁰⁸ SCHLATTER, 105 ff.; RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 96 ff.; MICHEL, Rechte von Kindern, 152 ff.; WIEGAND, Aufklärungspflicht, 119, 173; ROGGO, 174; FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 103, 208.

- 2.70 Ist im konkreten Fall davon auszugehen, dass eine Weiterführung der Behandlung langfristig gesehen keine Verbesserung der Gesundheitssituation bewirkt, sondern lediglich zusätzliche Belastung und Leid bedeutet, kann die fragliche Behandlung kaum im Interesse des Kindes sein. Verlangen die Eltern in dieser Situation die Weiterführung der Behandlung, widerspricht diese Forderung dem Wohl sowie auch der Würde des betroffenen Kindes (Art. 7 BV).²⁰⁹ Möglicherweise rechtfertigt es sich ausnahmsweise, die Behandlung gestützt auf das Persönlichkeitsrecht der Eltern nach Art. 10 Abs. 2 BV kurzfristig weiterzuführen, um den Eltern mehr Zeit und Raum zu geben, sich mit der Situation auseinanderzusetzen und von ihrem Kind Abschied zu nehmen. Ein derartiges Vorgehen rechtfertigt sich jedoch nur für einen beschränkten Zeitraum und wenn zudem die damit verbundene Belastung für das Kind auf ein Minimum reduziert wird.
- 2.71 Die medizin-ethische Richtlinie der SAMW «Intensivmedizinische Massnahme» differenziert in der beschriebenen Situation zwischen Wirkungslosigkeit²¹⁰ und Aussichtslosigkeit²¹¹ der Therapie. Die Richtlinie konkretisiert, dass wirkungslose Therapien abgebrochen werden sollten und aussichtslose Therapien von Patienten und vertretungsberechtigten Personen nicht eingefordert werden können.²¹² Obwohl die Richtlinie Ärzten als Orientierung

²⁰⁹ Nach anerkannter Lehre ist der unbestimmte Rechtsbegriff des Kindeswohls verfassungskonform (im Sinne der indirekten Drittwirkung) auszulegen. Zur Konkretisierung des Kindeswohls bei Behandlungsentscheiden am Lebensende wird in der Regel die Menschenwürde nach Art. 7 BV herangezogen. Vgl. MANAI, *Droits du Patient*, 200 f.; MICHEL, Ashley, 163 f.; vgl. dazu auch MÜLLER/SCHÉFER, I. Die Menschenwürde beinhaltet den Kern, den jede Person an Respekt und Schutz vom Verfassungsstaat fordern kann. Im Übrigen haben nicht nur die Eltern, sondern auch die Ärzte die Würde des Patienten zu wahren (Art. 8 lit. i MedBG).

²¹⁰ SAMW Richtlinie Intensivmedizinische Massnahmen, 15. «Wirkungslos ist eine Therapie wenn eine kurzzeitige Verbesserung einzelner physiologischer Parameter erzielt werden kann. In der Folge zeigt sich typischerweise eine Stagnation oder Verschlechterung des Zustandes des Patienten unter voller Intensivtherapie, ohne dass eine potenziell behebbare Ursache gefunden wird.»

²¹¹ SAMW Richtlinie Intensivmedizinische Massnahmen, 15. «Als aussichtslos wird eine Therapie dann bezeichnet, wenn entweder von vornherein oder aber im Verlaufe der Behandlung festgestellt werden muss, dass der Patient nicht mehr in ein angemessenes Lebensumfeld zurückkehren kann. Was ein angemessenes Lebensumfeld bedeutet, hängt vom Willen und den Präferenzen des Patienten ab, muss aber mindestens eine ausserhalb der Intensivstation realisierbare Langzeitbetreuung beinhalten.»

²¹² Wirkungslose Therapien bringen nach der erwähnten Richtlinie immer auch Aussichtslosigkeit mit sich. M.w.H. SAMW Richtlinie Intensivmedizinische Massnahmen, 15.

dient und nicht als geltendes Recht anzusehen ist,²¹³ liefert sie Anhaltspunkte zur Klärung der Grenzen des elterlichen Vertretungsrechts. Hierfür legt die Richtlinie den Fokus auf die Position des Arztes, indem dieser anhand von umschriebenen Kriterien festzulegen hat, wann eine Therapie als «wirkungslos» bzw. «aussichtslos» einzustufen ist. Ungeachtet der Tatsache, dass die Auslegung dieser Begriffe Interpretationsspielraum zulässt,²¹⁴ zeigt sich, dass es Grenzen gibt, die seitens der Eltern zu respektieren sind.

Die Schwierigkeit der Erörterung der Grenzen elterlichen Handelns zeigt sich mit besonderer Deutlichkeit bei Entscheidungen über den Beginn, die Weiterführung oder den Abbruch von lebenserhaltenden Behandlungen bei unklarer Indikation. Dieser Thematik ist der nachfolgende Abschnitt gewidmet. 2.72

2. Kindeswohl und Entscheidungsfindung in Grenzbereichen der Medizin

A) Ausgangslage

In Grenzbereichen²¹⁵ der Pädiatrie und Neonatologie steht die Frage des Kindeswohls zwar im Zentrum, jedoch kann in der Regel nicht abschliessend beantwortet werden, welche Vorgehensweise dem Wohl des Kindes am ehesten entspricht. Zu denken ist an Entscheidungsfindung bei Frühgeborenen an der Grenze der Lebensfähigkeit, krebserkrankten Kindern mit infauster Prognose oder Neugeborenen und Kleinkindern mit irreversiblen Schädigungen lebenswichtiger Organe. Die Erörterung der Vorgehensweise, die im besten Interesse des Kindes ist, wirft heikle ethische Fragen auf. Im Wesentlichen stellt sich die Frage, welche Kriterien in die Entscheidungsfindung einbezogen werden und wer (Eltern, Arzt, KESB, Ethikkommission oder spitalinterne Kinderschutgruppe) letztlich abschliessend entscheiden soll. 2.73

B) Eltern als Entscheidungsträger?

In der Lehre ist umstritten, ob den Eltern in der beschriebenen Situation das alleinige Entscheidungsrecht über die Nichtaufnahme oder den Abbruch von lebenserhaltenden Behandlungen ihres Kindes zukommen soll. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass Eltern allein und abschliessend über die Nichtaufnahme oder den Abbruch von lebenserhaltenden Behandlungen 2.74

²¹³ Zur Massgeblichkeit von Richtlinien vgl. Rz. 2.81 ff.

²¹⁴ Zu denken ist an die in der Richtlinie erwähnten Begriffe wie das zu definierende Therapieziel oder «die Rückkehr in ein angemessenes Lebensumfeld». Vgl. SAMW Richtlinie Intensivmedizinische Massnahmen, 15.

²¹⁵ Zu Grenzbereichen der Medizin vgl. Rz. 1.22.

entscheiden dürfen.²¹⁶ Ein anderer Teil lehnt das alleinige Entscheidungsrecht der Eltern ab und fordert eine Modifikation elterlicher Entscheidungsbefugnisse.²¹⁷ Begründet wird diese Forderung u.a. damit, dass «die Entscheidung über Leben und Tod, insbesondere dann, wenn die Erfolgsaussichten einer Behandlung ungewiss sind und durchaus die Hoffnung auf ein Leben mit akzeptabler Lebensqualität besteht, die elterliche Entscheidungskompetenz» überschreite.²¹⁸

- 2.75 Geht man davon aus, dass Eltern auch bei unklarer Indikation alleine entscheidungsberechtigt sind, können sie ebenso über den Abbruch oder die Nichtaufnahme von lebensnotwendigen Behandlungen entscheiden. Einen solchen Entscheid fällen zu müssen, beinhaltet eine enorme emotionale Belastung. Während einzelne Eltern einen derartigen Entscheid aus Überforderung delegieren möchten, sind andere im Moment der Entscheidungsfindung als möglicherweise auch im Nachhinein Schuldgefühlen ausgesetzt.²¹⁹ Des Weiteren darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass Eltern in wesentlichen Bereichen ihres eigenen Lebens von der zu fällenden Entscheidung betroffen sind. Dies deshalb, weil sie langfristig gesehen für die Betreuung und Pflege ihres Kindes aufzukommen und ihre persönliche, familiäre und berufliche

²¹⁶ Vgl. dazu GUILLOD/MEIER, 325 ff.; BÄNZIGER, 140 ff., welcher in seiner strafrechtlichen Betrachtung der Sterbehilfe für Neugeborene davon ausgeht, dass aktive Sterbehilfe auf elterliches Begehren bei körperlich und/oder geistig sehr schwer behinderten Kindern kurz nach der Geburt zulässig sein soll. Für das deutsche Recht: ROTHÄRMEL, Sterbebegleitung, 193, 199.

²¹⁷ Vgl. SCHLATTER, 188 ff., welche in Analogie zu Art. 13 Abs. 2 TPG neben der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters die Zustimmung einer unabhängigen kantonalen Instanz fordert. Siehe auch GETH, 135 ff., welcher Vertreterentscheide über Behandlungsabbrüche bei urteilsunfähigen Patienten von der kumulativen Zustimmung der KESB abhängig machen möchte. Ähnlich für den Einbezug der Vormundschaftsbehörde (recte: KESB), wenn kein Konsens erreicht werden kann vgl. SAMW-Richtlinie zerebral schwerst geschädigte Langzeitpatienten, Ziff. II.2.3; für eine konsensuale Entscheidung zwischen Eltern und behandelndem Arzt vgl. MANAI, Pouvoir parental, 197, 212 ff.; MICHEL, Ashley 141, 163; ähnlich BAUMANN MAX, 123, 136 ff., welcher eine unabhängige Neonatologie-Kommission zur Beratung des Behandlungsteams und im Konfliktfall zwischen den Eltern und dem Behandlungsteam als Rekursinstanz vorschlägt. Für das deutsche Recht im Sinne einer konsensualen Entscheidungsfindung zwischen Eltern und Arzt vgl. EVERSCHOR, 94.

²¹⁸ MANAI, Pouvoir parental, 197, 212; MICHEL, Ashley, 141, 163.

²¹⁹ MANAI, Pouvoir parental, 197, 216 f.

Situation danach auszurichten haben.²²⁰ Daher können die elterlichen Interessen im Einzelfall denjenigen des Kindes widersprechen.

Um dieser Problematik entgegenzutreten bedarf es nach der hier vertretenen Ansicht eine konsensuale Entscheidungsfindung zwischen Eltern und Arzt/Behandlungsteam. Wie sich untenstehend zeigen wird, ist den Eltern hierbei, abhängig von der jeweiligen Behandlungssituation, ein unterschiedlicher Ermessensspielraum einzuräumen.²²¹ 2.76

C) Ärzte/Neonatologen als Entscheidungsträger

Ärzte und insbesondere Neonatologen vertraten auch in der Schweiz noch vor 20 Jahren die Ansicht, Entscheidungen über eine Therapieweiterführung oder einen Therapieabbruch müssten von ihnen gefällt werden. Dies mit der Begründung, dass sie als Fachpersonen über die erforderlichen Kompetenzen und Erfahrungen verfügen würden und letztlich für den Entscheid zur Verantwortung gezogen werden könnten.²²² Ihr Entscheid sei nicht subjektiv geprägt, sondern beruhe vielmehr auf objektiven, medizinischen Kriterien.²²³ Die Gegner der alleinigen Entscheidungsmacht der Ärzte argumentieren, dass für den Arzt nicht nur die Interessen des Kindes, sondern möglicherweise auch berufliche Interessen – wie das persönliche Prestige oder der wissenschaftliche Ehrgeiz – in die Entscheidungsfindung einfließen könnten.²²⁴ Zudem sei unausweichlich, dass Ärzte – bewusst oder unbewusst – ihre persönlichen Werthaltungen einbringen, obwohl sie von den langfristigen Folgen des Entscheides nicht betroffen seien.²²⁵ 2.77

Aus rechtlicher Sicht müsste ein kompletter Ausschluss der Eltern aus dem Entscheidungsfindungsprozess aus verfassungsrechtlichen Überlegungen als unzulässig angesehen werden.²²⁶ Dadurch würden die verfassungsrechtlichen Ansprüche der Eltern auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und auf Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 13 BV) in nicht zu vertretendem Ausmass beschnitten. Wie soeben ausgeführt wurde, sind die Eltern in 2.78

²²⁰ Illustrativ zeigt sich diese Problematik beispielsweise bei einem Neugeborenen, das infolge Nierenversagens eine Dialyse haben müsste. Vgl. dazu WEIDTMANN/VOLLMANN/DITTRICH/PLANK, 194, 200 f.; siehe auch KIND, Ethische Überlegungen, 744, 746.

²²¹ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.90 f.

²²² KIND, Ethische Probleme, 237, 243; KIND, Ethische Überlegungen, 744, 746; EWERBECK, 68; EVERSCHOR, 77, 81.

²²³ EVERSCHOR, 77.

²²⁴ MIETH, 47, 54.

²²⁵ KIND, Ethische Überlegungen, 744, 746.

²²⁶ So auch SCHLATTER, 188 f.; BRUGGER SCHMIDT, 208; BÄNZIGER, 96 ff.; BAUMANN MAX, 129 f.

wesentlichen Bereichen ihres eigenen Lebens von der zu fällenden Entscheidung betroffen.²²⁷ Insofern lässt es sich nicht rechtfertigen, dass derartige Entscheidungen, die fundamentale Auswirkungen auf das Leben der Eltern haben können, an Drittpersonen delegiert werden.

- 2.79 Obgleich das alleine Entscheidungsrecht der Ärzte grundsätzlich abzulehnen ist, sei die Bemerkung erlaubt, dass die Meinungen von Fachspezialisten in essentiellen Fragen der Intensivtherapie und insbesondere bei lebenserhaltenden Behandlungen in der Neonatologie erheblich variieren können.²²⁸ Insofern müsste das Alleinentscheidungsrecht der Ärzte auch aus Rechtsgleichheits- und Willkürgesichtspunkten (Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 BV) hinterfragt werden.

D) Konsensuale Entscheidungsfindung in medizinisch-ethischen Richtlinien

a) Ausgangslage

- 2.80 In fachärztlichen und medizin-ethischen Richtlinien wird in der beschriebenen Situation zuweilen eine konsensuale Entscheidungsfindung zwischen Arzt und Eltern empfohlen. Daher ist der vorliegende Abschnitt dieser konsensualen Vorgehensweise gewidmet. Einleitend wird auf die Massgeblichkeit von ärztlichen Richtlinien eingegangen.

b) Soft law zur Konkretisierung staatlichen Rechts?

- 2.81 Medizin-ethische Richtlinien der SAMW sowie die fachärztlichen Guidelines haben die Gemeinsamkeit, dass sie kein staatliches Gesetzgebungsverfahren durchlaufen haben. Aus rechtlicher Sicht sind sie daher grundsätzlich nicht verbindlich und können auch nicht als alleinige und abschliessende Grundlage dienen, um die ärztliche Sorgfaltspflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR bzw. die in Art. 40 MedBG formulierten allgemeinen ärztlichen Berufspflichten zu

²²⁷ Vgl. Ausführungen unter Rz. 2.75.

²²⁸ So hatten Neonatologen in einer europäischen Studie die Frage zu beantworten, ab welchem Gestationsalter der Einsatz von intensivmedizinischen Massnahmen ihres Erachtens gerechtfertigt sei. Während sich Neonatologen in Mittel- und Nordeuropa deutlich eher bereit zeigten auf intensivmedizinische Massnahmen zu verzichten, befürworteten ihre Kollegen in Süd- und Osteuropa grundsätzlich eine Intensivbehandlung. Ebenso divers waren die Antworten hinsichtlich der Frage, ob sie ein Frühgeborenes mit Geburtstermin in der 24. SSW, einem Geburtsgewicht von 560 g und einer Hirnblutung mit einseitigem Einbruch in das Hirnparenchym weiterbehandeln würden. Während 47% der befragten italienischen Neonatologen die Behandlung weiterführen würden (und dies zu 94% auch gegen den Willen der Eltern machen würden), hätten 89% der französischen Neonatologen die Behandlung abgebrochen. M.H. zur Studie vgl. KIND, *Ethische Überlegungen*, 744; ebenso DE LEEUW/CUTTINI/NADAI, 608 ff.; BERGER, 7.

umschreiben.²²⁹ Von einer Verbindlichkeit ist lediglich dort auszugehen, wo der Kanton zur Regelung der Frage zuständig ist und kantonale Gesetze, unmittelbar auf medizinisch-ethische Richtlinien oder fachärztliche Guidelines verweisen.²³⁰ Insofern sind beispielsweise Verweise, die das elterliche Sorgerecht oder das Handlungsfähigkeitsrecht betreffen zum vornherein nicht verbindlich. Im Grunde genommen beinhalten die beschriebenen Verweise eine Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an private Organisationen. Dies wird in der Lehre zu Recht sehr kritisch beurteilt,²³¹ da die Interessen der medizinischen Berufsverbände nicht per se mit dem öffentlichen Interesse gleichzusetzen sind. Dennoch hat der Verweis auf Landesregeln auch Vorteile. Im Vergleich zu staatlichen Gesetzgebungsverfahren, sind die privaten Regelwerke flexibel und ermöglichen eine angepasste Adaptation auf neue Entwicklungen und Erkenntnisse der Medizin.²³²

Obwohl sich der Behandlungsabbruch bzw. –verzicht nicht mit dem Begriff der Sterbehilfe gleichsetzen lässt,²³³ sei an dieser Stelle der Hinweis auf die Untersuchungen zur Regelung der Sterbehilfe bei Neugeborenen erlaubt. Der Gesetzgeber setzte sich im Rahmen der Überprüfung der Situation der Sterbehilfe in der Schweiz auch mit dem Bedarf nach Regelung der Sterbehilfe bei Neugeborenen mit schweren Missbildungen und Geburtsschäden auseinander. Die Untersuchung zeigte, dass eine gesetzgeberische Regelung nicht sinnvoll und geeignet ist, da «ein Versuch, die Situation des Neugeborenen

2.82

²²⁹ FELLMANN, MedBG-Komm, N 28 zu Art. 40 MedBG; VOKINGER, 17 f.; anderer Ansatz jedoch: Botschaft MedBG, 173, 228 f., wonach die allgemeinen Berufspflichten «im Lichte der Landesregeln» auszulegen seien.

²³⁰ Vgl. etwa § 6 Abs. 4 der Gesundheitsverordnung des Kt. SZ (GesV SZ).

²³¹ Vgl. RÜETSCHI, 231, 247 f.; ebenso kritisch zum offenen Verweis auf Landesregeln im Rahmen der Auslegung von Art. 40 MedBG: FELLMANN, MedBG-Komm, N 28 ff. zu Art. 40 MedBG; VOKINGER, 17.

²³² Dazu ausführlich RÜETSCHI, 231, 246 f.

²³³ Die Sterbehilfe wird nach der Art der Herbeiführung des Todes unterschieden in: aktive, passive und indirekt aktive Sterbehilfe. Wer bei einem Menschen den Tod aktiv herbeiführt oder auch nur beschleunigt macht sich nach Art. 114 StGB strafbar, selbst wenn dies aus achtenswerten Beweggründen und auf eindringliches Handeln der getöteten Person erfolgt (sog. aktive Sterbehilfe). Die indirekt aktive Sterbehilfe kann straflos sein, z.B. wenn ein Arzt ein schmerzlinderndes Medikament verabreicht, das zugleich lebensverkürzende Wirkung hat. Passive Sterbehilfe ist gerechtfertigt und straflos, wenn sie mit dem mutmasslichen Willen des Patienten übereinstimmt, z.B. das Abschalten eines Beatmungsgerätes. Vgl. dazu EICKER/FISCH, 591 f.; der Begriff des Behandlungsabbruches umschreibt den Verzicht oder den Abbruch von lebenserhaltenden Massnahmen (künstliche Ernährung, Beatmung, kardiopulmonale Reanimation). Vgl. dazu SAMW Richtlinie, Betreuung am Lebensende, 8, 12.

gesetzgeberisch zu regeln, eine völlig fruchtlose Diskussion über die Frage auslösen könnte, welche körperlichen Mindestvoraussetzungen erfüllt sein müssen, um jemandem das Leben aufzuzwingen.»²³⁴ Daher wurde die bislang bestehende Praxis, wonach medizin-ethische Richtlinien der SAMW in den beschriebenen Situationen als Orientierung dienen, als nicht problematisch angesehen.

- 2.83 In der Rechtsprechung werden Richtlinien, insbesondere auch medizin-ethische Richtlinien der SAMW, mit grossem Respekt wahrgenommen und nicht selten zur Klärung des ärztlichen Sorgfaltsmassstabes in Haftpflichtfällen herangezogen.²³⁵ Das Fehlen einer Norm im Standesrecht führte in der Vergangenheit im umgekehrten Fall beispielsweise sogar dazu, dass auf rechtliche Sanktionen gegen einen Arzt, der Doping verschrieben hatte, verzichtet wurde.²³⁶
- 2.84 Nach dem Gesagten ist der Rückgriff auf medizin-ethische Richtlinien und fachärztliche Guidelines zur Orientierung im Rahmen der Entscheidungsfindung möglich. Wichtig ist allerdings, dass nicht die Interessen der Berufsverbände im Vordergrund stehen, sondern die Versorgung der Bevölkerung mit qualitativ hochstehender Medizin angestrebt wird.²³⁷ Nachfolgend wird auf zwei Regelwerke, welche die Thematik der Entscheidungsfindung an der Grenze der Lebensfähigkeit aufgreifen, eingegangen.

c) Intensivmedizinische Massnahmen (medizin-ethische Richtlinie und Empfehlung der SAMW)

- 2.85 Die Richtlinie formuliert die Grundregel, wonach bei Kindern und Jugendlichen in lebensbedrohlichen Situationen grundsätzlich die volle Intensivtherapie einzusetzen ist. Allerdings wird hervorgehoben, dass bei Neugeborenen mit Adaptionsproblemen und chronisch kranken oder mehrfach behinderten Kindern besondere Überlegungen angebracht sind. Die Richtlinie betont die Wichtigkeit

²³⁴ Bericht EJPD Sterbehilfe und Palliativmedizin, 24; vgl. auch Bericht Arbeitsgruppe Sterbehilfe an das EJPD, 50 ff.; siehe auch MONA/RINGELMANN, 287, 301 ff., welche sich sehr kritisch zur Schlussfolgerung des EJPD äussern und dringenden Regelungsbedarf bei der Sterbehilfe sehen.

²³⁵ Vgl. Ausführungen unter Rz. 4.41.

²³⁶ Urteil des Verwaltungsgerichts VD (GE.2001.0125) vom 15.05.2007. Im Standesrecht gab es zum damaligen Zeitpunkt noch kein ausdrückliches Dopingverbot; seit 2008 wird das Verschreiben, die Abgabe und die Überwachung von Doping im Wettkampfsport als unzulässige ärztliche Tätigkeit angesehen (Art. 33^{bis} StaO). Vgl. auch SAMW/FMH, Leitfaden, 56.

²³⁷ FELLMANN, MedBG-Komm, N 28 ff. zu Art. 40 MedBG; WIDMER, 4.

von interdisziplinären Besprechungen im Team und den anschliessenden Einbezug der Eltern.²³⁸

Unter dem Titel «Umgang mit Patienten und Angehörigen» wird klargestellt, dass es bei urteilsunfähigen Kindern darum geht, den mutmasslichen Willen oder zumindest die Präferenzen des Kindes zu eruieren und das Kind angemessen partizipieren zu lassen. Im Übrigen wird den Eltern die Möglichkeit eingeräumt, ihre persönlichen Empfindungen zur Einschätzung des Wohls des betroffenen Kindes einzubringen. Daneben sollen die persönlichen Umstände und Werthaltungen der Eltern, ihre persönlichen Hoffnungen und Ängste in die gemeinsame Entscheidungsfindung einfließen dürfen.²³⁹ Die Vorgehensweise wird in der Richtlinie wie folgt umschrieben:

«In diesen komplexen Situationen bewährt sich die Strategie der gemeinsamen Entscheidungsfindung am besten. Innerhalb des Behandlungsteams und mit den Eltern sowie gegebenenfalls mit dem urteilsfähigen Jugendlichen sollen die therapeutischen Optionen ehrlich und offen besprochen werden. Dem elterlichen Entscheidungsrecht kommt dabei umso mehr Bedeutung zu, je mehr man sich in einer Grauzone befindet, in der die Intensivtherapie weder eindeutig im besten Interesse des Kindes ist, noch diesem eindeutig zuwiderläuft.»²⁴⁰

d) Perinatale Betreuung an der Grenze der Lebensfähigkeit bei Frühgeborenen

Die Empfehlung perinatale Betreuung an der Grenze der Lebensfähigkeit²⁴¹ wurde, im Auftrag der Schweizerischen Gesellschaft für Neonatologie, durch eine Fachkommission von Spezialisten erarbeitet und im Jahr 2011 von verschiedenen Fachverbänden genehmigt.²⁴² Die Empfehlung bezieht sich auf die perinatale Betreuung von Schwangeren mit einem hohen Risiko für eine

²³⁸ SAMW-Richtlinie Intensivmedizinische Massnahmen, 23 f.

²³⁹ SAMW-Richtlinie Intensivmedizinische Massnahmen, 31 f.

²⁴⁰ SAMW-Richtlinie Intensivmedizinische Massnahmen, 32.

²⁴¹ Recommendations of perinatal care at the limit of viability, 1.

²⁴² Folgende Verbände/Organisationen unterstützen die Empfehlung: Schweizerische Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (SGGG), Akademie für fetomaternal Medizin (AFMM), Schweizerischer Hebammenverband (SHV), Schweizerische Gesellschaft für Pädiatrie (SGP), Schweizerische Gesellschaft für Neonatologie (SGN), Schweizerische Gesellschaft für Entwicklungspädiatrie (SGEP), zentrale Ethikkommission (ZEK) der SAMW; BERGER ET AL., Perinatale Betreuung, 10.

Fehlgeburt sowie Frühgeborenen mit einem Gestationsalter zwischen 22 und 26 vollendeten SSW.²⁴³

- 2.88 In der Empfehlung wird die Entscheidungsfindung wie folgt geregelt: In einem ersten Schritt legt das Behandlungsteam einen Behandlungsvorschlag vor, welcher einer von vier Zonen (Zone A-D) gemäss Tabelle 1 zuzuordnen ist. In jeder Zone werden die folgenden drei Kriterien beschrieben: Die Indikation der Behandlung (Spalte Intensivbehandlung), die voraussichtliche Belastung durch die Behandlung (Spalte Belastung) sowie die Einflussmöglichkeiten der Eltern (Spalte Kommentar).²⁴⁴

Tabelle 1: Entscheidungsfindung an der Grenze der Lebensfähigkeit

Zone	Intensivbehandlung	Belastung	Kommentar
A	nicht indiziert	nicht zumutbar	Die Eltern können nicht auf eine unangemessene Behandlung bestehen.
B	nicht empfohlen, aber im Einzelfall akzeptiert	wahrscheinlich nicht zumutbar	Die elterliche Autorität ist zu respektieren.
C	unter Vorbehalt empfohlen	wahrscheinlich zumutbar	Die elterliche Autorität ist zu akzeptieren.
D	empfohlen	zumutbar	Die Eltern können eine Intervention nicht ablehnen, die im Interesse des Kindes ist.

- 2.89 Die Zonen B und C umfassen den Grenzbereich, in welchem der Entscheid der Eltern zu akzeptieren ist. Dies im Gegensatz zu Behandlungsvorschlägen der Zonen A und D, wo die elterliche Autorität limitiert ist. Des Weiteren betont die Empfehlung die Kommunikation innerhalb des Behandlungsteams sowie

²⁴³ Die Empfehlung richtet sich an Ärzte, Hebammen, Pflegende, und Mitglieder anderer Berufsgruppen, die bei der Betreuung von sehr unreifen Frühgeborenen mitwirken. Vgl. BERGER ET AL., Perinatale Betreuung, 10, 11; Recommendations of perinatal care at the limit of viability, 1.

²⁴⁴ Recommendations of perinatal care at the limit of viability, 5.

zwischen Arzt und Eltern. Den Eltern ist insbesondere genügend Zeit zu geben, um die Informationen zu verarbeiten, Fragen zu stellen sowie ihre Wünsche und Befürchtungen zu äussern.²⁴⁵

e) Schlussfolgerungen

Nach den erwähnten Richtlinien ist dem elterlichen Entscheidungsrecht umso grössere Bedeutung einzuräumen, je mehr sich eine Behandlung im Grenzbereich einordnen lässt, in der die Intensivtherapie weder eindeutig im besten Interesse des Kindes ist, noch diesem eindeutig zuwiderläuft. Im Vergleich dazu wird der Ermessensspielraum elterlichen Handelns umso kleiner, je mehr eine Behandlung als «zumutbar» (Zone A) oder «nicht zumutbar» (Zone D) zu bezeichnen ist. 2.90

Das beschriebene Vorgehen erfordert eine konsensuale Entscheidungsfindung. In einem ersten Schritt bedarf es einer ärztlichen Einschätzung, die darauf eingeht, 2.91

- ob es für eine intensivmedizinische Behandlung eine Indikation gibt (und diese damit im Interesse und zum Wohl des Kindes ist),
- ob eine intensivmedizinische Behandlung zeitlich befristet aufgenommen werden sollte, um die Situation nach ein bis zwei Tagen umfassender analysieren zu können,
- ob eine intensivmedizinische Behandlung wirkungs- bzw. aussichtslos ist oder
- ob eine intensivmedizinische Behandlung weder eindeutig im besten Interesse des Kindes liegt noch diesem eindeutig zuwiderläuft.

In den ersten drei Varianten haben die Eltern keinen Ermessensspielraum. Verweigern sie eine indizierte Behandlung, führt dies zu einer Gefährdung des Kindeswohls. Fordern sie eine wirkungs- bzw. aussichtslose Therapie obliegt dem behandelnden Arzt keine Behandlungspflicht. Die letzte Variante beinhaltet ein konsensuales Vorgehen, indem der Arzt den Rahmen festlegt, innerhalb desselben elterliche Entscheidungen zu akzeptieren sind. 2.92

Nach dem Gesagten, sind Ärzte dazu aufgefordert, medizinische Grenzbereiche zu konkretisieren, um eine Orientierung zu erlangen, wann Entscheidungen der Eltern, sei dies aufgrund des Nichtschadens-Prinzip oder der Gefährdung des Kindeswohls, nicht mehr zu akzeptieren sind. Dem Staat obliegt erst dann eine Pflicht einzugreifen, wenn das Kindeswohl gefährdet ist oder eine Gefährdung droht (Art. 307 Abs. 1 ZGB). 2.93

Da im beschriebenen Grenzbereich unklar ist, ob die Intensivtherapie im besten Interesse des Kindes ist oder diesem zuwiderläuft, ist nicht einzusehen, weshalb 2.94

²⁴⁵ Recommendations of perinatal care at the limit of viability, 6.

das elterliche Vertretungsrecht beschränkt werden sollte. Vielmehr wäre es stossend, wenn Ärzte, Vertreter von Ethikkommissionen, Mitglieder der Kinderschutzgruppe oder die KESB bei derart unsicherer Ausgangslage gegen den Willen der Eltern handeln dürften, obwohl sie langfristig gesehen nicht von den möglichen Konsequenzen der Behandlung betroffen sind. Langwierige Behandlungen und Therapien sind oft erst möglich, wenn sich Eltern kooperativ zeigen.²⁴⁶ Insofern ist es unausweichlich, die Lebenssituation der Eltern, deren Ressourcen sowie auch Interessen in die Entscheidungsfindung einfließen zu lassen. Wenn nicht gesagt werden kann, ob es sinnvoller ist mit der Behandlung zu beginnen, diese weiterzuführen oder abbrechen, ist die elterliche Entscheidung anzuerkennen.

- 2.95 Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Richtlinien geltendem staatlichem Recht nicht zuwiderlaufen. Die gesetzlich geregelte Vertretungsbefugnis der Eltern wird so lange respektiert, wie der Behandlungswunsch nicht dem Kindeswohl widerspricht. Trifft allerdings Letzteres zu, so müsste – Dringlichkeit vorbehalten – an sich die KESB für den Entscheid beizugezogen werden, sieht doch das geltende Recht eine Entscheidbefugnis von Gesundheitsdienstleistern nirgends vor.

III. Grenzen elterlichen Handelns in Spezialbereichen der Medizin

- 2.96 Unter diesem Titel sollen die Grenzen elterlichen Handelns bei «off-label-use» Behandlungen, in der Forschung, in der Transplantations- und Sterilisationsmedizin sowie hinsichtlich genetischer Untersuchungen an Kindern dargestellt werden.

1. «off-label-use»

A) Begriffliches und Bedeutung

- 2.97 Der Begriff «off-label-use» wird verwendet, wenn ein Medikament ausserhalb der zugelassenen Indikation oder Dosierung abgegeben wird. Darunter zählen alle Abweichungen von den Zulassungsangaben beim Gebrauch des Arzneimittels (andere oder abgewandelte Indikation, andere Dosierung, andere Patientenpopulation, Abänderung von technisch-pharmazeutischen

²⁴⁶ So hängt beispielsweise die Prognose der Nierenersatztherapie (Dialyse) bei einem Kind wesentlich von der Kooperation und der Stabilität des familiären Umfeldes ab. Vgl. dazu WEIDTMANN/VOLLMANN/DITTRICH/PLANK, 194, 200 f.

Vorgaben).²⁴⁷ In der Pädiatrie und Neonatologie sind «off-label-use» Behandlungen häufig. Der Grund dafür ist, dass es äusserst schwierig ist, an Kindern und insbesondere Neu- und Frühgeborenen zu forschen. Dadurch fehlt für viele pädiatrische Behandlungen ein medizinischer Standard.²⁴⁸ Entsprechend zählen die beschriebenen Behandlungen bei Vorliegen spezifischer Kriterien trotz «off-label-use» zur medizinischen Praxis und sind im Rahmen der ärztlichen Therapiefreiheit anerkannt.²⁴⁹

Um die Schranken elterlichen Handelns bei «off-label-use» Behandlungen zu klären, ist danach zu unterscheiden, ob die Behandlungen im Rahmen eines individuellen Heilversuchs, einer experimentellen Heilbehandlung oder eines klinischen Experiments durchgeführt werden. 2.98

- Von einer «off-label-use» Behandlung als individueller Heilversuch wird gesprochen, wenn in einem Einzelfall zu einem therapeutischen Zweck ein Medikament verwendet wird, für welches verlässliche (allerdings noch nicht systematisch überprüfte) Evidenzen über die Wirksamkeit und Sicherheit vorliegen. In der medizinischen Praxis kann sich eine derartige Behandlung im Laufe der Zeit zu einer Behandlung *lege artis* entwickeln.²⁵⁰
- Bei der «off-label-use» Behandlung als experimentelle Heilbehandlung fehlen verlässliche Evidenzen über die Nutzenchancen bzw. die zu erwartenden Risiken, da die Behandlung bisher noch nicht bzw. in

²⁴⁷ M.w.H. RUMETSCH, *Medizinische Eingriffe*, 131 ff.; ebenso PETERMANN, 2.; WIDMER, Rz. 1 ff.; für detaillierte Informationen: Swissmedic, *Zulassungen, Paediatric*, <<https://www.swissmedic.ch/zulassungen/00153/00204/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

²⁴⁸ Während in der Erwachsenenmedizin dank intensiver Forschungstätigkeit die Sicherheit von Arzneimitteln laufend verbessert werden konnte, sind 40-90% der in der Pädiatrie und Neonatologie verwendeten Arzneimittel nur an Erwachsenen geprüft und daher für die Verwendung an Kindern nicht oder nur unzureichend zugelassen. Vgl. dazu: LACHENMEIER, Rz. 38 ff.; SCHLATTER, 120 ff, 132 ff.; SPRECHER FRANZISKA, *Arzneimittel*, 2 ff.; WIDMER, 2; Nationale Ethikkommission, *Zur Forschung an Kindern*, 7 ff.

²⁴⁹ Zur Rechtsstellung des Arztes bei «off-label-use» Behandlungen vgl. Ausführungen unter Rz. 4.42 ff.

²⁵⁰ LACHENMEIER, Rz. 15 ff.; RUMETSCH, *Medizinische Eingriffe*, 141 ff.; SCHLATTER, 132 ff.; SCHWEIZER/VAN SPYK, 535, 542 ff.; SPRECHER/VAN SPYK, 7; WIDMER, *off-label-use in der Schweiz*, Rz. 13 ff., Rz. 18 ff.

wenigen Ausnahmefällen angewendet wurde.²⁵¹

- Bei der «off-label-use» Behandlung im Rahmen eines klinischen Experiments bzw. eines systematischen Heilversuches wird eine Vielzahl von Patienten planmässig und forschungsorientiert abweichend vom herkömmlichen Standard behandelt. Während beim individuellen Heilversuch die Arzt-Patienten-Beziehung und das Wohl des individuellen Patienten im Vordergrund stehen, treten bei dieser Form der «off-label-use» Behandlung eine dem Wortlaut entsprechende systematische, forschungsorientierte Planung des Versuchs und eine Auswertung der Ergebnisse hinzu.²⁵²

B) Forschung versus ärztliche Therapiefreiheit

- 2.99 Systematische Heilversuche unterliegen den Regeln der medizinischen Forschung und werden neu einheitlich im Humanforschungsgesetz (HFG) geregelt. Die Grenzen des elterlichen Vertretungsrechts bei «off-label-use» Behandlungen im Rahmen eines klinischen Experiments sind daher dem HFG zu entnehmen.²⁵³ Die übrigen «off-label-use» Behandlungen werden nach dem geltenden Recht nicht dem Bereich der Forschung zugeordnet.²⁵⁴
- 2.100 Für die Abgrenzung zwischen einer Behandlung, die der ärztlichen Therapiefreiheit unterliegt, und einer Behandlung, die dem HFG zu unterstellen ist, orientiert sich der Gesetzgeber an der mit der Behandlung verfolgten Zielsetzung. Sodann hält der Bundesrat in der Botschaft zum Verfassungsartikel über die Forschung am Menschen fest: «Für die Festlegung der Grenze zwischen Forschung und Praxis gibt es verschiedene Ansätze. Der vorliegende Entwurf knüpft an das Ziel an, das mit der betreffenden Tätigkeit verfolgt wird. Wird mit dieser (wissenschaftliche) Erkenntnis angestrebt, so handelt es sich um

²⁵¹ In der Lehre wird teilweise auch von einer sogenannten Neulandbehandlung gesprochen, da keine bzw. nur äusserst wenige Erkenntnisse zur Wirksamkeit oder aber auch Sicherheit der Behandlung vorliegen. Vgl. dazu SCHWEIZER/VAN SPYK, 535, 542 ff.; SPRECHER/VAN SPYK, 7; m.w.H. SAMW-Richtlinie und Empfehlung Abgrenzung von Standardtherapie und experimenteller Therapie, 10 f.

²⁵² DÖRR/MICHEL, 5; RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 142 ff.; TAUPITZ/BREWE/SHELLING, 409, 413.

²⁵³ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.106 ff.

²⁵⁴ Erläuternder Bericht HFG, 15; die Nichtaufnahme der experimentellen Einzelfallbehandlung unter das HFG wurde von der Schweizerischen Stiftung für Patientenschutz (SPO) heftig kritisiert. Vgl. Tagesanzeiger vom 19. September 2010, Schutz der Patienten geht vor, <<http://www.tagesanzeiger.ch/meinungen/dossier/kolumnen-kommentare/Schutz-der-Patienten-geht-vor-/story/21481467>> (zuletzt besucht am 30. November 2015); vgl. auch SPRECHER/VAN SPYK, 3.

Forschung. Steht ein anderes Ziel (z.B. Hilfe für eine Patientin oder einen Patienten) im Zentrum, so liegt grundsätzlich keine Forschung vor.»²⁵⁵

a) Würdigung

Die vom Gesetzgeber vorgenommene Differenzierung wonach die Zielsetzung der Behandlung ausschlaggebend ist, ob das HFG anwendbar ist, zieht Unklarheiten nach sich. In einer medizinischen Behandlung, bei der vom Standard abgewichen wird, steht die Absicht, dem Patienten zu helfen, im Vordergrund. Allerdings können durch derartige Behandlungen auch Erkenntnisse gewonnen werden, die möglicherweise in ähnlich gelagerten Fällen verwendet werden können. Somit kann der individuelle Heilversuch neben der therapeutischen Zielsetzung, die definitionsgemäss im Vordergrund steht, mitunter auch die Intention enthalten, mehr über eine Behandlungsmethode oder die Wirkung der Behandlung zu erfahren. Werden derartige Behandlungen mehrfach durchgeführt, führt dies automatisch zu verbesserten Erkenntnissen über die Wirkung und Risiken der Behandlung. Wie viele Behandlungen letztendlich erforderlich sind, um die Behandlungen den systematischen Heilversuchen zuzuordnen und daraus folgend den Voraussetzungen des HFG zu unterstellen, ist nicht geklärt. Dem geltenden Recht und insbesondere auch dem HFG sind keine klaren Abgrenzungskriterien zwischen der medizinischen Praxis und der medizinischen Forschung zu diesen Fragen zu entnehmen. 2.101

Dies kann dazu führen, dass medizinische Behandlungen dem Bereich der ärztlichen Therapiefreiheit zugeordnet werden, obwohl hinter den Behandlungen eine gewisse Systematik steht, durch die neben der therapeutischen Zielsetzung auch verbesserte Erkenntnisse über die Behandlungsmethode gewonnen werden können. Diese Abgrenzungproblematik führt dazu, dass die restriktiven Voraussetzungen des HFG, die den Schutz von Kindern gewährleisten sollten, nicht überall greifen, wo sie im Grunde genommen angebracht wären. 2.102

b) Zwischen Einwilligungsfähigkeit und Einwilligungspflicht

Ist ein Kind einwilligungsunfähig, sind die Eltern bzw. der gesetzliche Vertreter über die bevorstehende Behandlung aufzuklären.²⁵⁶ Eltern können nur rechtmäßig in derartige Heilversuche einwilligen, wenn sie zuvor ausführlich darüber aufgeklärt wurden, dass es keine Standardbehandlung gibt. Im Übrigen ist in Erinnerung zu rufen, dass das betroffene Kind seinem Alter und seinen kognitiven Fähigkeiten entsprechend in die Entscheidungsfindung einzubeziehen ist. Folglich ist das Veto- und Partizipationsrecht des 2.103

²⁵⁵ Botschaft Verfassungsartikel über die Forschung am Menschen, 6713, 6720.

²⁵⁶ Vgl. Art. 6 Abs. 4 Biomedizinkonvention; bei individuellen und experimentellen Heilversuchen trägt der behandelnde Arzt erhöhte Sorgfalts- und Aufklärungspflichten, vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 4.45.

einwilligungsunfähigen Kindes auch in der Entscheidungsfindung zu einem individuellen Heilversuch zu berücksichtigen.²⁵⁷

- 2.104 Wie dargelegt, ist der Ermessensspielraum elterlichen Handelns klein, wenn eine medizinisch indizierte Behandlung zur Diskussion steht und es keine Behandlungsalternativen gibt.²⁵⁸ Dies setzt voraus, dass mit Bezug auf eine bestimmte Behandlung gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen, die einer Behandlung eine positive Risiko-Nutzen Prognose attestieren und im Vergleich zu anderen möglichen Behandlungen oder der Nichtbehandlung einen verbesserten Gesundheitszustand erwarten lassen. Da der beschriebene medizinische Standard sowohl bei einem individuellen als auch beim experimentellen Heilversuch definitionsgemäss fehlt, wurde bislang davon ausgegangen, dass die Eltern lediglich berechtigt, nicht jedoch verpflichtet sind, einzuwilligen.²⁵⁹
- 2.105 Dieser Grundsatz ist in Frage zu stellen. Der medizinische Standard beinhaltet ein «Zusammenspiel von systematisch gewonnenen Erkenntnissen, der kasuistischen ärztlichen Erfahrung sowie der professionellen Akzeptanz».²⁶⁰ Obwohl diese Definition in der Literatur weitgehend unbestritten ist, weist VAN SPYK zu Recht darauf hin, dass dessen Konkretisierung im Einzelfall nicht immer eindeutig ist.²⁶¹ Der medizinische Standard entwickelt sich dauernd und kann deshalb nur beschränkt verbindlich festgehalten werden.²⁶² Trotzdem

²⁵⁷ Zu den Veto- und Partizipationsrechten urteilsfähiger Minderjähriger vgl. Rz. 2.38 ff.

²⁵⁸ Vgl. Rz. 2.69.

²⁵⁹ MICHEL, Rechte von Kindern, 140 f.; THOMMEN, Eingriffe an Urteilsunfähigen, 41 f.; a.M. RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 142.

²⁶⁰ VAN SPYK, 159.

²⁶¹ VAN SPYK, 160. Unklar ist beispielsweise, in welchem Verhältnis die drei Quellen des medizinischen Standards (wissenschaftliche Erkenntnisse, ärztliche Erfahrungen und professionelle Akzeptanz) zueinander stehen.

²⁶² Illustrativ zeigt sich dieses Phänomen in BGE 134 IV 175. Das Bundesgericht hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob eine medikamentöse Behandlungsmethode bei einer Krebspatientin dem damaligen medizinischen Standard entsprach, oder ob die Behandlung als klinischer Versuch einzustufen ist, bei dem die Anforderungen des Heilmittelgesetzes (HMG) hätten berücksichtigt werden müssen. Da die fragliche Behandlungsmethode in Deutschland Gegenstand einer laufenden Vergleichsstudie war, stellte es das Bundesgericht zumindest in Frage, ob von einer etablierten Behandlungsmethode ausgegangen werden könne. Abschliessend betrachtete es die Behandlungsmethode des behandelnden Arztes jedoch als mit dem medizinischen Standard vereinbar, da eine frühere schwedische Studie die Verträglichkeit der Dosierung nachgewiesen habe und eine Sonderbewilligung eines Kantonsapothekers vorlag.

bildet nach der geltenden Lehrmeinung einzig das Kriterium des medizinischen Standards die Schwelle zwischen dem Einwilligungsrecht und der Einwilligungspflicht der Eltern. Dies kann dazu führen, dass Eltern einem Kind eine Behandlung, die (noch) nicht als medizinischer Standard eingestuft wird, vorenthalten können, obwohl aus früheren individuellen Heilversuchen möglicherweise verlässliche Evidenz über die Wirksamkeit und Sicherheit der Behandlung vorliegt. Folgt man der herrschenden Lehre, würden die Eltern damit – solange die Behandlung noch nicht als medizinischer Standard einzustufen ist – ihren Ermessensspielraum nicht überschreiten. Der Ermessensspielraum elterlichen Handelns sollte allerdings nach hier vertretener Ansicht umso kleiner sein, je mehr verlässliche Evidenzen über die Wirksamkeit und Sicherheit der Behandlung vorliegen. In der medizinischen Praxis – insbesondere in der Neonatologie – kommt es nicht selten vor, dass eine (noch) nicht etablierte Behandlung zum medizinischen Standard gezählt wird, obwohl keine gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse vorliegen.²⁶³ Daher rechtfertigt es sich, den Eltern in diesem konkreten Bereich einen engeren Ermessensspielraum zuzugestehen, als in einem Bereich, indem eine Behandlung unter einen «reinen» individuellen Heilversuch einzuordnen ist.²⁶⁴ Letztlich lässt sich dies wiederum mit dem Kindeswohl begründen, das die elterliche Entscheidungskompetenz begrenzt.²⁶⁵ Denn wenn die Eltern ihrem Kind eine Behandlung vorenthalten können, für die eine hinreichend klare Evidenz spricht, würde das Kindeswohl gefährdet.

2. Spezialgesetzliche Regelungen

A) Humanforschungsgesetz (HFG)

a) Forschungsprojekte an Kindern

Nach dem geltenden HFG sind für Forschungsprojekte mit Kindern spezifische Anforderungen zu berücksichtigen (Art. 22 HFG). Der Gesetzgeber differenziert zum einen nach der Urteilsfähigkeit und zum anderen nach dem direkten Nutzen der Forschung für das betroffene Kind.²⁶⁶ 2.106

²⁶³ RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 141 ff.; WIDMER, 6.

²⁶⁴ Die Schwierigkeit der vorgeschlagenen Vorgehensweise liegt darin, dass sich der Begriff des medizinischen Standards, bzw. der Standardtherapie in der Praxis nicht vollumfänglich klar festlegen lässt und einem steten Wandel unterliegt. Vgl. dazu auch SAMW-Richtlinie und Empfehlung Abgrenzung von der Standardtherapie und experimenteller Therapie, 5 f.

²⁶⁵ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.8.

²⁶⁶ Botschaft Humanforschungsgesetz, 8045, 8112 ff. Durch Art. 21 HFG soll urteilsfähigen Minderjährigen ein möglichst grosses Mitbestimmungsrecht eingeräumt werden.

- 2.107 Forschungsprojekte *mit erwartetem direkten Nutzen* an urteilsunfähigen Kindern dürfen nur durchgeführt werden, wenn die Eltern bzw. der gesetzliche Vertreter nach hinreichender Aufklärung schriftlich eingewilligt haben und das Kind die Forschungshandlung nicht erkennbar ablehnt (Art. 22 Abs. 3 HFG). Forschungsprojekte *ohne direkten Nutzen* an urteilsunfähigen Kindern dürfen – neben den vorerwähnten Voraussetzungen für Forschungsprojekte mit erwartetem direktem Nutzen – nur mit minimalen Risiken und Belastungen verbunden sein. Zudem bedarf es Erkenntnisse, wonach die Möglichkeit besteht, dass Dritte mit derselben Krankheit oder Störung, durch die zu erwartenden Forschungsergebnisse einen langfristigen Nutzen haben (Art. 22 Abs. 4 HFG).
- 2.108 Hinsichtlich der Ausübung des Vetorechts des Kindes lässt sich den Materialien entnehmen, dass nicht jedes Anzeichen von Widerstand gegen den «weissen Kittel» als Abwehr einzustufen ist. Als Grundregel gilt der Ansatz, wonach die Anforderungen an die Ablehnungsfähigkeit umso höher einzustufen sind, je schwerwiegender die Folgen einer Nichtteilnahme für das betroffene Kind sind. Umgekehrt werden die Anforderungen bei Forschungsvorhaben tief gehalten, wenn sie keinen direkten Nutzen für das Kind erwarten lassen.²⁶⁷
- 2.109 Für urteilsfähige Kinder und Jugendliche sind ebenfalls spezifische Voraussetzungen zu berücksichtigen (vgl. Art. 22 Abs. 1 und 2 HFG sowie Art. 23 HFG). Hervorzuheben ist, dass die schriftliche Zustimmung der Eltern grundsätzlich auch bei urteilsfähigen Kindern und Jugendlichen erforderlich ist. Mithin können Kinder bis zum 14. Altersjahr nicht selbstständig über die Teilnahme an Forschungsprojekten befinden. Urteilsfähige Jugendliche können nur dann selbstständig einwilligen, wenn das Forschungsvorhaben mit minimalen Risiken und Belastungen verbunden ist (Art. 23 Abs. 1 lit. b HFG).

b) Würdigung

- 2.110 Zur Erörterung der Grenzen des elterlichen Handelns ist die Differenzierung zwischen Forschungsprojekten mit erwartetem direkten Nutzen und Forschungsprojekte ohne direkten Nutzen an urteilsunfähigen Kindern von wesentlicher Bedeutung. Die im Gesetz vorgesehene Möglichkeit, wonach Eltern stellvertretend in Forschungsvorhaben an ihrem urteilsunfähigen Kind einwilligen können, die erwartungsgemäss keinen Nutzen für das betroffene Kind haben, widerspricht an sich den Grundsätzen des elterlichen Vertretungsrechts. Entscheidungen der Eltern sind primär vom Kindeswohl und den Interessen des Kindes geleitet sein.²⁶⁸ Dieses Erfordernis fehlt naheliegenderweise bei Forschungsprojekten ohne direkten Nutzen. In der Diskussion um den Vorentwurf des HFG und den Verfassungsartikel über die

²⁶⁷ Botschaft Verfassungsartikel über die Forschung am Menschen, 6713, 6736; Botschaft Humanforschungsgesetz, 8045, 8112 ff.

²⁶⁸ Vgl. dazu Rz. 2.8 f. und Rz. 2.68 f.

Forschung am Menschen wurde die Solidarität, der Gruppennutzen sowie das objektive Interesse herangezogen, um der Forschung ohne individuellen Nutzen einen legitimierenden Rahmen zu geben.²⁶⁹

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtfertigungsgründe der Solidarität und des Gruppennutzens ineinander übergehen. Das Prinzip der Gruppennutzens beruht auf der Solidarität, ist jedoch enger gefasst ist. Ein betroffener Proband zeigt sich in der jeweiligen Situation nicht mit der gesamten Bevölkerung, sondern lediglich mit Personen solidarisch, die in demselben Alter oder derselben Krankheitssituation stehen.²⁷⁰ Insofern beruht auch das Prinzip des Gruppennutzens auf der Solidarität. 2.111

Die Frage, ob urteilsunfähigen Kindern ein Solidaritätsinteresse unterstellt werden darf, um damit Forschung ohne individuellen Nutzen zu legitimieren, ist umstritten. SEELMANN verneint die Frage, da seines Erachtens jede Person und damit auch ein Kind selbst darüber befinden können sollte, ob es sich solidarisch verhalten möchte. Insofern sind für ihn stellvertretende Entscheidungen, durch die Drittpersonen ein solidarisches Verhalten auferlegt wird, nicht mit dem Persönlichkeitsrecht der betroffenen Person vereinbar.²⁷¹ Die Nationale Ethikkommission stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass sich Kinder gegenüber anderen Kindern, aber auch gegenüber Erwachsenen durchaus solidarisch zeigen könnten. Obwohl sich daraus nicht eine Pflicht zu altruistischem Handeln ableiten lasse, könne damit zumindest die Erlaubnis zur Forschung ohne individuellen Nutzen abgeleitet werden.²⁷² 2.112

Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Diskussion zur Frage, ob urteilsunfähigen Kindern ein Solidaritätsinteresse attestiert werden darf, wenig zielführend. Vielmehr sollte der Fokus wiederum auf die Schranken der stellvertretenden Einwilligung der Eltern gelegt werden. Die Eltern haben sich nach dem Wohl und den Interessen des Kindes zu orientieren. Wie das Kindeswohl im Einzelfall umschrieben wird, ist in hohem Mass kontextabhängig, weshalb den Eltern ein umfangreiches Konkretisierungsrecht zugestanden wird.²⁷³ Bei der Auslegung des Kindeswohls können auch öffentliche Interessen oder das objektive Interesse des Kindes an der Forschung, einfließen. Konkret kann das objektive Interesse des betroffenen Kindes darin gesehen werden, dass die Forschung zur Verbesserung der Kinderheilkunde 2.113

²⁶⁹ Botschaft Verfassungsartikel über die Forschung am Menschen, 6713, 6724 f.; Botschaft Humanforschungsgesetz, 8045, 8100 f.; Nationale Ethikkommission, Zur Forschung an Kindern, 11 ff.

²⁷⁰ Vgl. dazu auch Nationale Ethikkommission, Zur Forschung an Kindern, 11 ff.

²⁷¹ SEELMANN, Drittnützige Forschung, 569, 676 ff.

²⁷² Nationale Ethikkommission, Zur Forschung an Kindern, 29 ff.

²⁷³ Vgl. dazu Rz. 2.8 f. und Rz. 2.68 f.

hilfreich sein kann und dadurch die Möglichkeit besteht, dass es zu einem späteren Zeitpunkt selbst von diesem medizinischen Fortschritt profitieren kann. Diese objektivierte Betrachtung kann aus den verfassungsrechtlichen Schutzansprüchen des Kindes gegenüber dem Staat und den Eltern abgeleitet werden.²⁷⁴ Daher kann die Frage nach den Grenzen der elterlichen Einwilligung in drittnützige Forschung nicht allein zivilrechtlich beurteilt werden, vielmehr ist im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Beurteilung auch eine Prüfung der Verhältnismässigkeit erforderlich. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob es durch die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, die sich am öffentlichen Interesse an der Forschung an Kindern orientiert, zu einer unverhältnismässigen oder gar kerngehaltsverletzenden Beeinträchtigung der Grundrechte des betroffenen Kindes kommt. Ebenso zu klären ist, welches Mass an Risiken und Belastungen einer einwilligungsunfähigen Person im Rahmen einer drittnützigen Forschung zugemutet werden darf.

- 2.114 Eine vertiefte verfassungsrechtliche Beurteilung der Forschung ohne individuellen Nutzen an urteilsunfähigen Kindern würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Gleichwohl seien nachfolgende Überlegungen erlaubt. Anhand der im HFG normierten Anforderungen, die Forschungsprojekte an urteilsunfähigen Kindern zu erfüllen haben, zeigt sich das Bestreben des Gesetzgebers, den Teilgehalten des Verhältnismässigkeitsprinzips (Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinn) Rechnung zu tragen. Zu erwähnen sind die im HFG normierten Kriterien der Subsidiarität (Art. 11 HFG), der Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit von Risiken und Belastungen (Art. 12 HFG) und die besonderen Schutzanforderungen für Forschungsprojekte an Kindern (Art. 22 HFG). Zu bemerken ist allerdings, dass die Umsetzung des in Art. 22 HFG normierten Abwehrrechts des urteilsunfähigen Kindes,²⁷⁵ die Auslegung des Subsidiaritätsprinzips sowie auch die Zumutbarkeit von Risiken und Belastungen Interpretationsspielraum zulässt und äusserste Vorsicht bei deren Auslegung geboten ist.
- 2.115 Im Wissen um mangelnde wissenschaftliche Erkenntnisse und erprobte standardisierte Verfahren in der Pädiatrie und Neonatologie,²⁷⁶ sei abschliessend der Hinweis erlaubt, dass Forschungsprojekte an Kindern, insbesondere auch an

²⁷⁴ Zu nennen sind die Menschenwürde (Art. 7 BV), das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und der Schutz der Unversehrtheit von Kindern und Jugendlichen (Art. 11 Abs. 1 BV); Vgl. dazu auch SCHWEIZER/VAN SPYK, 535, 569.

²⁷⁵ Art. 22 Abs. 4 i.V.m. Art. 22 Abs. 3 lit. b HFG.

²⁷⁶ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.97.

urteilsunfähigen Kindern, unumgänglich sind.²⁷⁷ Die Intention des Gesetzgebers, Forschungsprojekte an Kindern unter restriktiven Voraussetzungen zuzulassen, ist daher geradezu erstrebenswert, um Kinder und Jugendliche nicht – wie dies in früheren Jahren leider geschehen ist – vom wissenschaftlichen Erkenntniszuwachs auszuschliessen.²⁷⁸ Kinder haben das legitime Recht, von den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft und damit einhergehend von sicheren und wirksamen Heilverfahren profitieren zu dürfen. Unabdingbar ist allerdings, dass der besonderen Schutzbedürftigkeit von Kindern entsprechend der vorstehenden Ausführungen Rechnung getragen wird.

B) Transplantationsgesetz

In diesem Abschnitt soll der Frage nachgegangen werden, inwiefern Eltern ihre urteilsunfähigen Kinder als Spender von Organen, Gewebe oder Zellen zur Verfügung stellen dürfen. Hierfür werden zunächst die gesetzlichen Regelungen vorgestellt. Anschliessend werden die Entnahmevoraussetzungen aus zivilrechtlicher Perspektive hinterfragt. 2.116

a) Gesetzliche Grundlagen

Für Lebendspenden verlangt das Transplantationsgesetz (TPG) die Urteilsfähigkeit und Mündigkeit des Spenders.²⁷⁹ Die Entnahme von Organen, Gewebe oder Zellen an urteilsunfähigen oder unmündigen Personen ist im Grundsatz unzulässig.²⁸⁰ In Ausnahmefällen dürfen regenerierbare Gewebe oder Zellen, nicht aber Organe,²⁸¹ an urteilsunfähigen oder unmündigen Personen 2.117

²⁷⁷ SEELMANN, Drittnützige Forschung, 569, 676; WENDLER/JENKINS, 9 ff.; TAUPITZ, Drittnützige Forschung, 37, 39; Nationale Ethikkommission, Zur Forschung an Kindern, 11 ff.

²⁷⁸ Nationale Ethikkommission, Zur Forschung an Kindern, 7 ff.

²⁷⁹ Art. 12 TPG.

²⁸⁰ Art. 13 Abs. 1 TPG.

²⁸¹ Art. 13 Abs. 2 TPG stellt klar, dass Ausnahmen lediglich für die Entnahme regenerierbarer Gewebe oder Zellen gelten.

entnommen werden.²⁸² Die strengen Entnahmevoraussetzungen verdeutlichen, dass der Gesetzgeber urteilsunfähige Personen besonders schützen möchte.²⁸³ Neben Transparenz und Rechtssicherheit in der Transplantationsmedizin geht es dem Gesetzgeber zudem darum, den Schutz der Menschenwürde und Persönlichkeit der spendenden und empfangenden Person zu gewährleisten.²⁸⁴

- 2.118 Im Vergleich zu Art. 20 Abs. 2 Biomedizinkonvention ist die Entnahme von Geweben oder Zellen nach dem TPG hinsichtlich des Empfängerkreises erweitert, da als Empfänger nicht nur Geschwister, sondern auch ein Elternteil oder ein Kind in Frage kommen. Mit Bezug auf das Risiko ist Art. 13 Abs. 2 TPG gegenüber Art. 20 Abs. 2 der Biomedizinkonvention jedoch verschärft, da die Entnahme nur ein minimales Risiko und eine minimale Belastung beinhalten darf.²⁸⁵

b) Transplantation von Blutstammzellen

- 2.119 Nach dem derzeitigen Stand der medizinischen Wissenschaft betrifft die Entnahme regenerierbarer Gewebe und Zellen von urteilsunfähigen Minderjährigen²⁸⁶ insbesondere die Blutstammzellen.²⁸⁷ Blutstammzellen bieten heute gute und nachhaltige Erfolgchancen für die Behandlung von lebensbedrohlichen Erkrankungen des blutbildenden Systems, wie beispielsweise der Leukämie.²⁸⁸ Sie können aus der Knochenmarksflüssigkeit oder aus peripherem Blut gewonnen werden. Für die Gewinnung von Blutstammzellen aus Knochenmark sind eine Operation mit Vollnarkose und

²⁸² Art. 13 Abs. 2 TPG nennt folgende Ausnahmen: Der Eingriff darf für die spendende Person nur mit minimalen Risiken und minimaler Belastung verbunden sein (lit. a). Weiter darf keine andere therapeutische Methode (lit. b) und keine andere geeignete urteilsfähige Person als Spender (lit. c) zur Verfügung stehen. Weiter kommt als Empfänger nur ein Elternteil, Geschwister oder ein Kind in Frage (lit. d). Zudem muss die Spende geeignet sein, das Leben der empfangenden Person zu retten (lit. e). Die Eltern bzw. der gesetzliche Vertreter müssen umfassend informiert und schriftlich zugestimmt haben (lit. f). Ebenfalls ist die urteilsunfähige spendende Person umfassend zu informieren (lit. h) und es dürfen keine Anzeichen vorliegen, dass sie sich einer Entnahme widersetzt (lit. h). Abschliessend muss eine unabhängige Instanz der Entnahme zugestimmt haben (lit. i).

²⁸³ Botschaft TPG, 146.

²⁸⁴ Botschaft TPG, 31.

²⁸⁵ Art. 13 Abs. 2 lit. a und lit. d TPG; Art. 20 Abs. 2 Biomedizinkonvention.

²⁸⁶ Im Sinne von Art. 13 Abs. 2 TPG.

²⁸⁷ Mw.H. TREMP, 62 f.; RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 176.

²⁸⁸ M.w.H. Bundesamt für Gesundheit, Themen, Transplantationsmedizin, Wissen, Schweiz, Blutstammzellen, <<http://www.bag.admin.ch/transplantation/00692/00941/04766/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 30. November 2015); RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 176.

mehrere Punktionen des Beckenknochens erforderlich. Periphere Blutstammzellen werden ambulant, nach vorgängiger Verabreichung von Medikamenten durch Venenkatheter gewonnen.²⁸⁹ In der Schweiz wurden bereits im Jahre 2005 Blutstammzellen vorwiegend aus peripherem Blut entnommen. Diese Vorgehensweise hat sich in den letzten Jahren zusehends weiterentwickelt.²⁹⁰ Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Geschwister als Spender für Blutstammzellen in Frage kommt, liegt nach heutigen Erkenntnissen bei 25%. Im Vergleich dazu liegt die Chance, einen geeigneten Spender in der Bevölkerung zu finden, bei eins zu einer Million.²⁹¹

c) Würdigung

Lebendspenden zählen zu den medizinischen Eingriffen rein drittnütziger Natur.²⁹² Für das spendende Kind bewirkt der Eingriff keinen unmittelbaren Nutzen. Vielmehr ist der ärztliche Eingriff für dieses mit Risiken und Belastungen verbunden. Eltern, die die Entnahme regenerierbarer Gewebe oder Zellen an ihrem urteilsunfähigen Kind dulden, handeln grundsätzlich nicht in dessen Interesse und nach den Grundsätzen des elterlichen Vertretungsrechts.²⁹³ 2.120

Bei der beschriebenen Transplantation gilt im Vergleich zur drittnützigen Forschung die Besonderheit, dass die Einwilligung der Eltern unausweichlich zu einem Interessenkonflikt führt. Als Empfänger regenerierbarer Gewebe und Zellen eines urteilsunfähigen Kindes kommen nur Geschwister, die Eltern oder ein Kind in Frage.²⁹⁴ Mit anderen Worten haben Eltern darüber zu entscheiden, ob sie eines ihrer Kinder einem nicht therapeutischen Eingriff aussetzen wollen, um ihr eigenes oder das Leben eines ihrer anderen Kinder zu retten. Die Eltern stehen damit unausweichlich in einem Interessenkonflikt. Bei dieser Ausgangslage ist an sich aus zivilrechtlicher Perspektive die Vertretungsmacht der Eltern ausgeschlossen und dem Kind müsste ein Vertretungsbeistand ernannt werden (Art. 306 Abs. 2 ZGB). 2.121

Nach dem Willen des Gesetzgebers lässt sich die Entnahme regenerierbarer Gewebe oder Zellen für die spendende Person trotz vorerwählter Bedenken rechtfertigen, da der Spender ein Minimum an Risiken trage und die 2.122

²⁸⁹ Dazu ausführlich : RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 180.

²⁹⁰ Bundesamt für Gesundheit, Themen, Transplantationsmedizin, Wissen, Schweiz, Blutstammzellen, <<http://www.bag.admin.ch/transplantation/00692/00941/04766/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

²⁹¹ BAG, Transplantationen, Blut-Stammzellen, allogene Transplantationen, <<http://www.bag.admin.ch/transplantation/00697/01681/02858/03224/index.html>> (zuletzt besucht am 30. November 2015); Botschaft TPG, 44.

²⁹² Botschaft TPG, 145.

²⁹³ Für eine kritische Auseinandersetzung siehe THOMMEN, Einwilligungsunfähige Organspender, 159, 161 ff.

²⁹⁴ Art. 13 Abs. 2 lit. d TPG; Vgl. dazu auch TREMP, 74 f.

empfangende Person im Gegenzug ein Maximum an Nutzen erreiche.²⁹⁵ Obwohl sich ein kategorischer Ausschluss derartiger Spenden auf Gesetzesesebene – im Wissen um die möglichen Erfolgsaussichten für die lebensbedrohlich erkrankten Empfänger – nicht rechtfertigen lässt, ergeben sich Diskussionspunkte.

- 2.123 Die im TPG erwähnte Voraussetzung, wonach die Entnahme lediglich mit einem minimalen Risiko und einer minimalen Belastung für die spendende Person verbunden sein darf,²⁹⁶ ist – selbst wenn die Blutstammzellen aus peripherem Blut gewonnen werden – zumindest in Frage zu stellen.²⁹⁷ Dies, da vor der Entnahme von Blutstammzellen während fünf Tagen eine Medikation und für die Entnahme von Blutstammzellen in der Regel zwei Venenkatheter erforderlich sind.²⁹⁸ Des Weiteren ist zu bedenken, dass die Erfolgsaussichten der Transplantation von Blutstammzellen umso grösser sind, je jünger das spendende Kind ist.²⁹⁹ Wird das beschriebene Behandlungsprozedere bei einem Kleinkind durchgeführt, sind die zu erfüllenden Vorgaben «minimales Risiko» und «minimale Belastung» umso mehr fraglich.³⁰⁰
- 2.124 Im Übrigen ist unklar, wie mit dem im TPG vorgesehenen Vetorecht des urteilsunfähigen minderjährigen Spenders³⁰¹ in der Praxis umgegangen wird. Das Setzen eines Venenkatheters bei einem Kleinkind wird kaum ohne Reaktion erfolgen. Insofern stellt sich die Frage, ob eine Abwehr als Anzeichen gegen die Transplantation an sich oder vielmehr als Ablehnung gegen die (technische) Blutentnahme einzuordnen ist. Grundsätzlich müsste ein Widerspruch, in welcher Form auch immer, Berücksichtigung finden

²⁹⁵ Botschaft TPG, 146.

²⁹⁶ Art. 13. Abs. 2 lit. a TPG.

²⁹⁷ Zur praktischen Durchführung der Entnahme: RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 180 f.; zum sorgfältigen Umgang bei der Ausübung dieses Fremdbestimmungsrecht: RUMETSCH, Selbst- und Fremdbestimmungsrechte, 109, 127.

²⁹⁸ Bei Kleinkindern ist ein zentraler Venenkatheter durch Vollnarkose oder Sedoanalgesie zu setzen. M.w.H. KRÖGER, 31; RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 183.

²⁹⁹ Bundesamt für Gesundheit, Transplantationsmedizin, Blutstammzellen, Zahlen und Fakten, Erfolgsaussichten allogener Blutstammzelltransplantation (BSZT): <<http://www.bag.admin.ch/transplantation/00692/00941/04766/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

³⁰⁰ Art. 13 Abs. 2 lit. a TPG; bei einer Knochenmarkspende dürfte die Belastung noch grösser sein, da zwingend eine Vollnarkose und mehrere Punktionen am Beckenknochen erforderlich sind. M.w.H. RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 180 ff.

³⁰¹ Art. 13 Abs. 2 lit. h TPG.

(Art. 13 Abs. 2 lit. h TPG).³⁰² Obwohl dieser Grundsatz aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden ist und als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts, der Autonomie und Menschenwürde des betroffenen Spenderkindes zu werten ist,³⁰³ erscheint der Ansatz wenig praxisnah. Ein Widerspruch gegen die Entnahme von Blutstammzellen dürfte nach der hier vertretenen Ansicht nur angenommen werden, wenn das betroffene Kind einigermaßen nachvollziehen kann, worum es geht. Diesen Wissensstand bei jüngeren Kindern zu erreichen, ist unzweifelhaft anspruchsvoll und bei Kleinkindern unter drei bis vier Jahren wohl ganz ausgeschlossen. Insofern ist die praktische Umsetzung des im Gesetz verankerten Vetorechts bei sehr kleinen Kindern mit einem Fragezeichen zu versehen.³⁰⁴

Zu Bedenken sind auch psychosoziale Effekte.³⁰⁵ Nach einer Studie von PACKMAN ET AL. können beim spendenden Kind, neben positiven Gefühlen dem Geschwister geholfen zu haben, auch posttraumatische Störungen auftreten. So kann bei diesem das Gefühl aufkommen, keine Wahl gehabt zu haben, übergangen oder vernachlässigt worden zu sein.³⁰⁶ Diese Erkenntnisse verdeutlichen, welche nicht zu unterschätzenden Auswirkungen derartige Transplantationen haben können. Zudem lösen die beschriebenen psychosozialen Auswirkungen auf das spendende Geschwister Assoziationen zum «Retterbaby» aus, deren Erzeugung in der Schweiz verboten ist.³⁰⁷ 2.125

³⁰² Zum Vetorecht: GUILLOD, Consentement éclairé, 229; TREMP, 76 f., welche auf die Problematik hinweist, dass blosse Passivität des urteilsunfähigen Kindes als Zustimmung gewertet wird, obwohl die Nichtreaktion des Kindes möglicherweise dadurch begründet ist, dass das Kind nicht versteht worum es geht oder seinem Willen keinen genügenden Ausdruck verleihen kann. Siehe auch Botschaft TPG, 147.

³⁰³ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.38 f.

³⁰⁴ Die ähnliche Problematik ergibt sich bei Forschungsvorhaben ohne erwarteten direkten Nutzen bei urteilsunfähigen Kindern. Die Anforderungen an die Ablehnung werden dort umso tiefer gehalten, je vernachlässigbarer die Folgen für das betroffene Kind sind. Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.107.

³⁰⁵ Vgl. dazu auch RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 184; zum sorgfältigen Umgang bei der Ausübung dieses Fremdbestimmungsrecht: RUMETSCH, Selbst- und Fremdbestimmungsrechte, 109, 127.

³⁰⁶ PACKMANN ET AL., 1134, 1138 f.

³⁰⁷ Anlässlich der Volksabstimmung vom 14. Juni 2015 zur Änderung der Verfassungsbestimmung zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich (Art. 119 BV) wurde die bisherige Unzulässigkeit der Präimplantationsdiagnostik (PID) zur Erzeugung von «Retterbabys» bestätigt: Bundesamt für Gesundheit (BAG), Themen, Abstimmungsdossier, <<http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/15276/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

- 2.126 Problematisch erscheint des Weiteren, dass die im Gesetz enthaltene Formulierung wonach «regenerierbare Gewebe und Zellen» bei Urteilsunfähigen transplantiert werden dürfen, sehr offen formuliert ist. Bedenkt man der Entwicklungen der Medizin, so besteht die Gefahr, dass die Beschreibung «regenerierbare Gewebe und Zellen» zu extensiv ausgelegt werden könnte. Umso mehr ist daran festzuhalten, dass der Schutz der urteilsunfähigen Person in jedem Fall gewährleistet wird.³⁰⁸

C) Bundesgesetz über genetische Untersuchungen am Menschen (GUMG)

a) Begriffliches und Bedeutung

- 2.127 In diesem Abschnitt werden die Grenzen elterlichen Handelns hinsichtlich genetischer Untersuchungen an Minderjährigen besprochen. Auf die Rechte von Paaren in der Fortpflanzungsmedizin und darin eingeschlossen deren Rechte hinsichtlich der PID an Embryonen, die durch künstliche Befruchtung erzeugt wurden, wird nicht eingegangen.³⁰⁹
- 2.128 Der im GUMG verwendete Begriff der genetischen Untersuchung im medizinischen Bereich beinhaltet zwei verschiedene Formen von Untersuchungen. Dies ist zum einen die *diagnostische genetische* und zum anderen die *präsymptomatische oder präklinische genetische Untersuchung*.
- 2.129 Die *diagnostische genetische Untersuchung* wird durchgeführt, wenn eine Person bereits erkrankt ist und eine klinische Diagnose im Raum steht. Die genetische Untersuchung dient in diesen Fällen der Absicherung der Diagnose und der Klärung der Voraussetzungen für die richtige Therapie. Im Gegensatz dazu ermöglicht es die *präsymptomatische genetische Untersuchung* Krankheitsveranlagungen vor dem Auftreten klinischer Symptome zu entdecken.³¹⁰ Neben der Chance der frühzeitigen Erkennung einer Krankheitsveranlagung, beinhaltet diese Art der Untersuchung enormes Belastungspotential. Die Kenntnis einer umschriebenen Mutation eines Gens,

³⁰⁸ Dazu ausführlich TREMP, 63.

³⁰⁹ In der Volksabstimmung vom 14. Juni 2015 wurde die Änderung der Verfassungsbestimmung zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich angenommen. (Art. 119 Abs. 2 lit. c BV). Wird das Referendum nicht ergriffen, ist die PID gemäss Fortpflanzungsmedizingesetz in zwei spezifischen Fällen zugelassen. Vgl. dazu Parlament, Sessionen, Archiv, 2014 IV, Präimplantationsdiagnostik, Änderung der BV und des Fortpflanzungsmedizingesetzes, <<http://www.parlament.ch/sites/doc/Curia/Folgesseite/2013/20130051/Schlussabstimmungstext%202%20NS%20D.pdf>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

³¹⁰ Botschaft GUMG, 7361, 7371 f., 7389 f.; zu den Erkenntnismöglichkeiten genetischer Untersuchungen: RIEDER, 39 ff.

die mit einer Krankheit assoziiert wird, kann negative psychische Auswirkungen auf die betroffene Person haben.³¹¹ Zumal meist nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, ob und falls ja, mit welchem Schweregrad die betroffene Person an dieser Krankheit erkranken wird. Die Ungewissheit über die gesundheitliche Zukunft kann die Lebensplanung beeinflussen und im negativen Fall zu Verstimmung und Perspektivenlosigkeit führen.³¹²

Die beschriebenen psychischen Auswirkungen präsymptomatischer genetischer Untersuchungen werfen rechtliche und ethische Fragen auf; insbesondere wenn diese Untersuchungen an urteilsunfähigen Minderjährigen durchgeführt werden. Inwieweit dies möglich ist und welche Voraussetzungen und Grenzen zu wahren sind, soll im Folgenden dargestellt werden. 2.130

b) Genetische Untersuchungen an Minderjährigen

Das GUMG sieht die Möglichkeit der stellvertretenden Einwilligung zu einer genetischen Untersuchung an einer urteilsunfähigen Person vor (Art. 5 Abs. 2 GUMG). Diese Zustimmung steht unter dem Vorbehalt von Art. 10 Abs. 2 GUMG. Dieser Bestimmung folgend, darf an einer urteilsunfähigen Person eine genetische Untersuchung im medizinischen Bereich nur durchgeführt werden, 2.131

- wenn diese zum Schutz der Gesundheit der betroffenen Person notwendig ist oder
- sich eine schwere Erbkrankheit in der Familie oder eine entsprechende Anlageträgerschaft nicht auf andere Weise abklären lässt und die Belastung der urteilsunfähigen Person gering ist.

Der Gesetzgeber orientiert sich am Gesundheitsbegriff der Weltgesundheitsorganisation (WHO). Für die WHO beinhaltet die Gesundheit neben dem physischen und psychischen auch das soziale Wohlbefinden. Insofern dürfen nach dem Willen des Gesetzgebers genetische Untersuchungen auch durchgeführt werden, wenn sich dadurch «die Lebensumstände einer urteilsunfähigen Person, insbesondere eines Kindes gezielt verbessern lassen, indem beispielsweise spezifische bildende Förderungsmassnahmen ergriffen werden können».³¹³ 2.132

³¹¹ Botschaft, GUMG, 7361, 7372; EKKEHARD, 109, 110; RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 194 ff.

³¹² Vgl. dazu RIEDER, 44 f.

³¹³ Botschaft GUMG, 7361, 7407; a.M. RIEDER, 248 f., die für genetische Untersuchungen bei unmündigen urteilsunfähigen Kindern eine möglichst enge Indikation zu ihrem unmittelbaren Gesundheitsschutz fordert.

c) Würdigung

- 2.133 Das elterliche Vertretungsrecht im Zusammenhang mit der diagnostischen genetischen Untersuchung an einem urteilsunfähigen Kind wirft kaum Fragen auf. Besteht eine klinische Diagnose liegt es grundsätzlich im Interesse des Kindes, die Diagnose durch die genetische Untersuchung zu bestätigen, um damit optimale Voraussetzungen für die Therapie zu schaffen. Die elterliche Einwilligungsbefugnis zu präsymptomatischen genetischen Untersuchungen an urteilsunfähigen Kindern ist demgegenüber zu diskutieren.
- 2.134 Wie soeben festgehalten, orientierte sich der Gesetzgeber hinsichtlich der Einwilligungsbefugnis am weiten Gesundheitsbegriff der WHO und schliesst damit auch das soziale Wohlbefinden des Kindes mit ein.³¹⁴ Dieser als Orientierung dienende Massstab lässt einen grossen Interpretationsspielraum. Die Beurteilung, ob bei einer besonderen genetischen Veranlagung durch spezifisch bildende Förderungsmassnahmen die Lebensumstände und das soziale Wohlbefinden des Kindes verbessert werden können, ist abhängig von persönlichen Wertvorstellungen. Zudem unterliegt sie einem steten Wandel, da zusehends auch im Bereich der Förderung neue Erkenntnisse gewonnen werden. Diese lassen sich wohl einfach dergestalt umschreiben, dass sie einen Beitrag zur Verbesserung der Lebensumstände oder des sozialen Wohlbefindens leisten können.³¹⁵
- 2.135 Zum sozialen Wohlbefinden zählt auch die Entwicklung der Persönlichkeit im Sinne der Befriedigung der eigenen Interessen und Fähigkeiten. Insofern besteht die Gefahr, dass präsymptomatische genetische Untersuchungen missbraucht werden könnten, um genetische Veranlagungen festzustellen. Ob Talentuntersuchungen oder sog. Lifestyle Tests an urteilsunfähigen Minderjährigen erlaubt sind, geht nicht eindeutig aus dem GUMG hervor und ist in der Lehre umstritten.³¹⁶ Der Botschaft des GUMG ist allerdings zu entnehmen, dass ein «genetisches Screening für sportliche Talente» nicht zulässig ist, da im medizinischen Sinn ein Nutzen für die Gesundheit fehlt.³¹⁷

³¹⁴ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.132 f.

³¹⁵ Vgl. FMH, Gesundheitsförderung und Prävention, <http://www.fmh.ch/politik_themen/praevention.html> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

³¹⁶ RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 198 f. mit Verweis auf RIEDER und das deutsche Recht; RIEDER, 90 ff, 266 f., zählt derartige Untersuchungen nicht zu den genetischen Untersuchungen im medizinischen Bereich nach Art. 10 Abs. 2 GUMG. Sie versucht die Frage aufgrund allgemeiner Grundsätze zur Vertretungsbefugnis zu beantworten.

³¹⁷ Botschaft GUMG, 7361, 7408 f.

Gleichwohl ist das GUMG nach der hier vertretenen Ansicht in diesem Punkt zu ungenau.³¹⁸ Die Orientierung am weiten Gesundheitsbegriff der WHO und der Einbezug des sozialen Wohlbefindens, werfen zu viele Abgrenzungsfragen auf. Die Grenze sollte dort gelegt werden, wo nicht mehr die Gesundheit im medizinischen Sinn, sondern vielmehr das Streben nach Perfektion oder Leistung (Talentsuche) zur Verwirklichung von Lebensvorstellungen im Raum stehen. Daher müsste im GUMG konkretisiert werden, dass derartige Untersuchungen an urteilsunfähigen Kindern nicht zulässig sind. Zumal eine sehr weite Auslegung des Gesundheitsbegriffes im Widerspruch steht zum Recht des urteilsunfähigen Kindes auf Nichtwissen (Art. 6 GUMG).³¹⁹

2.136

Im Übrigen ist dem GUMG nicht zu entnehmen, wie damit umzugehen ist, wenn Eltern die Zustimmung zu einer genetischen Untersuchung im medizinischen Bereich verweigern, obwohl es Anhaltspunkte dafür gibt, dass diese zum Schutz der Gesundheit des urteilsunfähigen Kindes erforderlich sind. Einerseits stellt sich die Frage, ob bei dieser Ausgangslage von einer Gefährdung des Kindeswohls auszugehen ist und dadurch stellvertretend die KESB zu entscheiden hätte. Andererseits ist zu bedenken, dass mögliche therapeutische und prophylaktische Massnahmen nicht die erhofften Wirkungen bringen, wenn sich die Eltern nicht kooperativ zeigen.

2.137

Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass im GUMG – im Vergleich zum HFG und dem TPG – Veto- und Partizipationsrechte von urteilsunfähigen Kindern nicht enthalten sind. Dies ist unter Berücksichtigung der heiklen Thematik sowie der Persönlichkeitsrechte der urteilsunfähigen Kinder bedenklich.

2.138

d) Zur Totalrevision des GUMG

Seit der Verabschiedung des GUMG im Jahre 2004 haben sich die Untersuchungsverfahren genetischer Analysen wegweisend verändert. Dank technischer Entwicklungen werden heute qualitativ bessere und wesentlich kostengünstigere Analysen angeboten, die zuweilen auch ausserhalb der vom GUMG geregelten Bereiche nachgefragt werden.³²⁰ Vor diesem Hintergrund wurde der Bundesrat durch die Annahme der Motion der WBK des NR «Änderung des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen beim

2.139

³¹⁸ So auch RIEDER, 266 f.

³¹⁹ Aus dem ärztlichen Auftragsverhältnis, dem Recht auf persönliche Freiheit und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 28 ZGB) ergibt sich grundsätzlich das Recht, über ein Untersuchungsergebnis informiert zu werden. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht beinhaltet jedoch auch das Recht, die Kenntnisnahme von Untersuchungsergebnissen zu verweigern. Vgl. dazu Botschaft GUMG, 7361, 7398; zum Schutz der informationellen Selbstbestimmung, HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 12.113 ff.

³²⁰ Vgl. zum Ganzen Erläuterungen Totalrevision GUMG, 1 ff.

Menschen» vom 28. Oktober 2011 beauftragt, das GUMG zu revidieren.³²¹ Nachfolgend wird darauf eingegangen, ob den vorangehend erläuterten Bedenken betreffend der elterlichen Einwilligungsbefugnis zu präsymptomatischen genetischen Untersuchungen an urteilsunfähigen Kindern³²² im VE GUMG Rechnung getragen wurde.

- 2.140 Ein Kernelement der Revision des GUMG war es, Abgrenzungsfragen zur Zulässigkeit von genetischen Untersuchungen ausserhalb des medizinischen Bereichs (wie beispielsweise sog. Lifestyle-Untersuchungen), bei denen bis anhin umstritten war, ob sie dem GUMG unterliegen, zu klären.³²³ Der VE GUMG differenziert neu zwischen genetischen Untersuchungen im medizinischen Bereich³²⁴ und genetischen Untersuchungen ausserhalb des medizinischen Bereichs. Letztere werden in genetische Untersuchungen «zu besonders schützenswerten Eigenschaften»³²⁵ und in «übrige» genetische Untersuchungen³²⁶ unterschieden. Zu den genetischen Untersuchungen mit «besonders schützenswerten Eigenschaften» werden beispielsweise ernährungsrelevante Lifestyle-Untersuchungen gezählt.³²⁷
- 2.141 Auf die Zulässigkeit von genetischen Untersuchungen an Urteilsunfähigen wird in Art. 14 und Art. 32 Abs. 2 VE GUMG eingegangen. Art. 14 VE GUMG definiert unter welchen Voraussetzungen genetische Untersuchungen an urteilsunfähigen Personen durchgeführt werden dürfen. Der Artikel orientiert sich dabei wesentlich an Art. 10 Abs. 2 des geltenden GUMG. Genetische Untersuchungen sollen demgemäss nur erlaubt sein, wenn Sie zum Schutz der Gesundheit der urteilsunfähigen Person notwendig sind. Wie bis anhin sollen Ausnahmen nur zulässig sein, wenn die Belastung und das Risiko für die betroffene urteilsunfähige Person geringfügig sind und sich eine schwere Erbkrankheit in der Familie oder eine entsprechende Anlageträgerschaft auf andere Weise nicht abklären lässt (Art. 14 Abs. 2 lit. a VE GUMG). Im Übrigen sollen neu genetische Untersuchungen zur Abklärung, ob sich eine urteilsunfähige Person als Spenderin von regenierbaren Geweben oder Zellen eignet, erlaubt sein (Art. 14 Abs. 2 lit. b VE GUMG).

³²¹ Erläuterungen Totalrevision GUMG, 1 f.

³²² Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.133 ff.

³²³ Vgl. dazu Bundesamt für Gesundheit, Revision GUMG, Gutachten Schlatter, <<http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/00683/02724/03676/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 30. November 2015), Erläuterungen Totalrevision GUMG, 1 ff.

³²⁴ Art. 17–Art. 28 VE GUMG.

³²⁵ Art. 29–Art. 33 VE GUMG.

³²⁶ Art. 34–Art. 35 VE GUMG.

³²⁷ Vgl. Erläuterungen Totalrevision GUMG, 83.

Nach Art. 32 Abs. 2 VE GUMG dürfen genetische Untersuchungen «zu besonders schützenswerten Eigenschaften» ausserhalb des medizinischen Bereichs an urteilunfähigen Personen nur durch Ärzte veranlasst werden. Zudem dürfen Probeentnahmen nur im Beisein der veranlassenden Person stattfinden (Art. 32 Abs. 3 VE GUMG). In Art. 32 Abs. 3 VE GUMG sind Ausnahmen normiert, unter welchen Voraussetzungen weitere Fachpersonen genetische Untersuchungen zu besonders schützenswerten Eigenschaften veranlassen dürfen. 2.142

Das Bestreben Abgrenzungsfragen zu genetischen Untersuchungen im und ausserhalb des medizinischen Bereichs zu klären, ist auch für die Beurteilung von genetischen Untersuchungen an urteilsunfähigen Personen begrüssenswert. Insofern ist die im VE GUMG vorgenommene Unterteilung in genetische Untersuchungen im medizinischen Bereich und ebensolche ausserhalb des medizinischen Bereichs (genetische Untersuchungen zu besonders schützenswerten Eigenschaften und übrige genetische Untersuchungen) sinnvoll. Wie sich in der Praxis allerdings bereits heute zeigt, sind verschiedene Tests auf dem Markt, bei denen eine präzise Zuordnung zum medizinischen bzw. nicht medizinischen Bereich kaum möglich ist.³²⁸ Ebenso erscheint die Differenzierung in genetische Untersuchung «zu besonders schützenswerten Eigenschaften» und «übrige» genetische Untersuchungen komplex und schwer nachvollziehbar. Um eine korrekte Umsetzung der Vorgaben zu ermöglichen, sollte die beschriebene Unterteilung in die verschiedenen Bereiche konkretisiert und möglicherweise vereinfacht werden. 2.143

Genetische Untersuchungen an urteilsunfähigen Personen sollen weiterhin nur zulässig sein, wenn sie «zum Schutz ihrer Gesundheit» erfolgen (Art. 14 Abs. 1 VE GUMG). Indem sich der VE wie im geltenden Recht am weiten Gesundheitsbegriff der WHO orientiert und auch die Erläuterung zur Totalrevision des GUMG in Art. 14 Abs. 1 VE GUMG auf die Botschaft zu Art. 10 GUMG verweist, bleiben die beschriebenen Abgrenzungsfragen bestehen.³²⁹ Genetische Untersuchungen an Kindern würden damit weiterhin möglich sein, wenn sich die Lebensumstände des Kindes durch spezifische 2.144

³²⁸ Vgl. dazu Bundesamt für Gesundheit, Genetische Untersuchungen, rechtliche Grundlagen, Verkauf von Gentests in Schweizer Apotheken und im Internet, <<http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/00683/02724/03676/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 30. November 2015); ebenso Stellungnahme biorespect im Vernehmlassungsverfahren zum VE GUMG, abrufbar unter, Bundesamt für Gesundheit, Revision GUMG, Vernehmlassung, Stellungnahme biorespect, <<http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/00683/02724/15221/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

³²⁹ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.134 f.

Förderungsmassnahmen verbessern lassen.³³⁰ Diese Abgrenzung ist nach wie vor zu wenig konkret. Zumal insbesondere die Abgrenzung zu Lifestyle-Untersuchungen ungeklärt bleibt. Im Lifestyle-Bereich, wie etwa hinsichtlich Aussagen über besondere Fähigkeiten, gibt es eine Fülle von Förderungsmassnahmen, durch die sich die Lebensumstände eines Kindes (vermeintlich) verbessern lassen. Daher wird bei derartigen Untersuchungen in der Regel geltend gemacht werden können, dass Förderungsmassnahmen zur Verbesserung der Lebenssituation der urteilsunfähigen Person bestehen. Bestätigt wird das Bestehen dieser Abgrenzungsproblematik durch Art. 32 Abs. 2 VE GUMG. Dieser Bestimmung folgend sind genetische Untersuchungen «zu besonders schützenswerten Eigenschaften» ausserhalb des medizinischen Bereichs an urteilsunfähigen Personen zulässig, wenn die erwähnte Untersuchung durch einen Arzt veranlasst wurde. Da Lifestyle-Tests zu genetischen Untersuchungen «zu besonders schützenswerten Eigenschaften» ausserhalb des medizinischen Bereichs gezählt werden,³³¹ sind derartige Tests auch an Urteilsunfähigen zulässig. Diese Bestimmung steht damit in Widerspruch zu Art. 14 Abs. 1 VE GUMG. Diesem Artikel folgend dürfen genetische Untersuchungen an urteilsunfähigen Personen nur zum Schutz ihrer Gesundheit durchgeführt werden.

- 2.145 Die Auslegung des Gesetzes erlaubt nach wie vor unterschiedliche Schlussfolgerungen hinsichtlich der Frage, ob genetische Untersuchungen ausserhalb des medizinischen Bereichs an urteilsunfähigen Personen zulässig sind. Damit wird das Bestreben des Gesetzgebers, diese Frage zu klären, nicht erfüllt. Nach der hier vertretenen Ansicht müsste auf die Entwurfsbestimmung Art. 32 Abs. 2 VE GUMG verzichtet werden. Das in den Erläuterungen VE GUMG zu vorerwähntem Artikel genannte Beispiel, wonach ernährungsrelevante Lifestyle-Untersuchungen medizinisch indiziert und zum Schutz der Gesundheit erforderlich sein können,³³² zeigt den bestehenden Widerspruch. Ist eine genetische Untersuchung aus medizinischer Sicht indiziert und zum Schutz der Gesundheit erforderlich, darf diese nach Art. 14 Abs. 1 VE GUMG durchgeführt werden. Dient die Untersuchung nicht dem Schutz der Gesundheit, besteht kein Raum, eine derartige Untersuchung an Urteilsunfähigen zuzulassen. Vielmehr ist die Abklärung persönlicher Eigenschaften (wie etwa Abklärungen zu Verhalten, Charakter, Vorlieben und Talenten) den absolut höchstpersönlichen Rechten zuzuordnen.³³³ Der ernährungsrelevante Lifestyle Test, der angepriesen wird, um ernährungsbedingte Stoffwechselprobleme vorzubeugen, zählt exemplarisch nicht zu genetischen

³³⁰ Vgl. Erläuterungen Totalrevision GUMG, 61 f.

³³¹ Vgl. dazu Erläuterungen Totalrevision GUMG, 83 f.

³³² Vgl. Erläuterungen Totalrevision GUMG, 83 f.

³³³ Zur Umschreibung der absolut höchstpersönlichen Rechten vgl. Ausführungen unter Rz. 2.16 f.

Untersuchungen «mit besonders schützenswerten Eigenschaften» ausserhalb des medizinischen Bereichs. Auch der in Art. 32 Abs. 3 VE GUMG enthaltende Vorbehalt, wonach nur Ärzte derartige Untersuchungen veranlassen dürfen, vermag diesen Widerspruch nicht aufzulösen. Zumal vorgesehen ist, dass der Bundesrat weiteren Fachpersonen die Erlaubnis erteilen kann, derartige Untersuchungen veranlassen zu dürfen (Art. 32 Abs. 4 VE GUMG). Um den offenen Gesundheitsbegriff in Art. 14 Abs. 1 VE GUMG zu konkretisieren, könnte beispielsweise auf die in Art. 15 Abs. 1 lit. a VE GUMG gewählte Formulierung abgestellt werden. Demgemäss müsste ein genetischer Test zur Abklärung einer Eigenschaft zulässig sein, wenn er die Gesundheit *direkt und wesentlich beeinträchtigen* kann.³³⁴

D) Sterilisationsgesetz

Das Sterilisationsgesetz regelt die Voraussetzungen sowie das anwendbare Verfahren aufgrund welcher die Fortpflanzungsfähigkeit einer Person auf Dauer aufgehoben wird. Explizit nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen Heileingriffe, bei denen die Aufhebung der Fruchtbarkeit als Nebenfolge, im Sinne einer «unvermeidbaren Begleiterscheinung» in Kauf genommen wird (Art. 2 Abs. 2 Sterilisationsgesetz).³³⁵ Dies ist beispielsweise der Fall bei der Therapie von Gebärmutter- oder Eierstockkrebs in fortgeschrittenem Stadium.³³⁶ Der im Sterilisationsgesetz verwendete Begriff der Sterilisation ist damit ein Eingriff ohne medizinische Indikation. Das Sterilisationsgesetz verbietet Sterilisationen an Personen unter 16 Jahren. An dauernd urteilsfähigen über 16-jährigen ist eine Sterilisation unter sehr restriktiven Voraussetzungen, insbesondere mit Zustimmung der KESB möglich.³³⁷ 2.146

Durch das strikte Verbot der Sterilisation Minderjähriger bis zum 16. Altersjahr sowie der sehr restriktiven Voraussetzungen der Sterilisation an über 16-jährigen, dauernd Urteilunfähigen, können die Eltern nicht über eine 2.147

³³⁴ Ebenso Stellungnahme biorespect im Vernehmlassungsverfahren zum VE GUMG, abrufbar unter, Bundesamt für Gesundheit, Revision GUMG, Vernehmlassung, Stellungnahme biorespect, <<http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/00683/02724/15221/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

³³⁵ Vgl. Bericht Kommission für Rechtsfragen des NR, 6311, 6328.

³³⁶ Deutsches Krebsinformationszentrum, Ursachen für Unfruchtbarkeit <<http://www.krebsinformationsdienst.de/leben/kinderwunsch/kinderwunsch-unfruchtbarkeit-ursachen.php#inhalt3>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

³³⁷ Art. 3 i.V.m. Art. 7 und Art. 8 Sterilisationsgesetz.

Sterilisation ihres Kindes entscheiden.³³⁸ Nach dem Willen des Gesetzgebers ist die Sterilisation ein medizinischer Eingriff, der derart eng mit der Person des Rechtsgutsträgers verbunden ist, dass dieser einer Vertretung nicht bzw. nur im absoluten Ausnahmefall³³⁹ zugänglich sein darf.

E) Fazit zu den spezialgesetzlichen Regelungen

- 2.148 Unter diesem Abschnitt wurde der Frage nachgegangen, anhand welcher Kriterien das elterliche Vertretungsrecht im Rahmen von spezifischen medizinischen Eingriffen eingeschränkt wird. Bei den untersuchten Spezialgesetzen (HFG, TPG, GUMG, Sterilisationsgesetz) zeigte sich, dass das elterliche Vertretungsrecht wesentlich eingeschränkt wird und teilweise entfällt. Neben dem Grenzkriterium der Urteilsfähigkeit des betroffenen Kindes, sind die Kriterien des therapeutischen (gesundheitlichen) Nutzens, die Aufschiebbarkeit des Eingriffes und die Verhältnismässigkeit von Bedeutung.
- 2.149 Liegt kein therapeutischer Nutzen für die Gesundheit des urteilsunfähigen Kindes oder Jugendlichen vor, dürfen die Eltern überhaupt nicht oder nicht mehr allein über den Eingriff entscheiden. So dürfen gewisse therapeutische Eingriffe an urteilsunfähigen Minderjährigen nicht (Sterilisation an unter 16 Jährigen³⁴⁰, Organtransplantation³⁴¹) oder nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen³⁴² durchgeführt werden.
- 2.150 Ist von einem therapeutischen Nutzen auszugehen, wie dies beispielsweise bei einem Heilversuch, einem therapeutischen Forschungsprojekt mit urteilsunfähigen Minderjährigen oder einer genetischen Untersuchung zum Schutz der Gesundheit des betroffenen, urteilsunfähigen Minderjährigen zutrifft, dürfen die Eltern dem Vorhaben zustimmen, sie sind allerdings hierzu nicht verpflichtet.

³³⁸ Die Eltern haben einzig das Recht, die Sterilisation ihres über 16-jährigen, dauernd urteilsunfähigen Kindes zu beantragen und in diesem Zusammenhang angehört zu werden (Art. 8 Sterilisationsgesetz). Illustrativ hierzu Entscheid des Obergerichts Zürich vom 26. März 2008 in ZR 107/2008 112 ff. E. 2.4. Die Mutter einer über 16-jährigen beantragte die Aufhebung der Fortpflanzungsfähigkeit (Sterilisation) ihrer Tochter. Vorinstanzlich wurde der Antrag mit der Begründung abgelehnt, dass reversiblen Verhütungsmethoden wie Spirale oder Dreimonatsspritze den Vorzug zu geben sei. Das Obergericht sah dies anders. Es erachtete die Sterilisation der betroffenen Person nach den gesamten Umständen in ihrem besten Interesse und reversible Verhütungsmethoden im konkreten Fall als ungeeignet.

³³⁹ Art. 3 i.V.m. Art. 7 und Art. 8 Sterilisationsgesetz.

³⁴⁰ Art. 3 i.V.m. Art. 7 Sterilisationsgesetz.

³⁴¹ Vgl. Art. 13 Abs. 1 TPG.

³⁴² Vgl. Art. 21 Abs. 4 HFG; Art. 10 Abs. 2 GUMG.

IV. Absolut höchstpersönliche Rechte

Neben den spezialgesetzlichen Regelungen wird das elterliche Vertretungsrecht durch die absolut höchstpersönlichen Rechte nach Art. 19c Abs. 2 ZGB eingeschränkt.³⁴³ Das Recht zur Einwilligung in eine ärztliche Behandlung wird grundsätzlich den relativ höchstpersönlichen Rechten zugeordnet.³⁴⁴ Ob nun jedoch dieser Grundsatz für sämtliche Eingriffe – beispielsweise auch für medizinische Eingriffe, die keinen therapeutischen Nutzen haben – zur Anwendung gelangt, ist umstritten.³⁴⁵ Wie soeben dargestellt wurde, hat der Gesetzgeber für bestimmte Bereiche der Medizin die jeweiligen Rechte den absolut höchstpersönlichen Rechten zugeordnet³⁴⁶ bzw. sehr restriktive Voraussetzungen aufgestellt.³⁴⁷ 2.151

In der Übersicht der vorerwähnten spezialgesetzlichen Regelungen, lassen sich folgende *Kriterien*, die für die Zuordnung zu den *absolut höchstpersönlichen Rechten* sprechen, nennen: 2.152

- kein Heileingriff und somit kein direkter Nutzen für die betroffene Person,
- irreversibler Eingriff,
- kein geringfügiger Eingriff,

³⁴³ Zur Umschreibung der absolut höchstpersönlichen Rechte vgl. Ausführungen unter Rz. 2.16 f.

³⁴⁴ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.17.

³⁴⁵ Vgl. dazu Entscheidung des Kantonsgerichts GR (ZK1 13 42) vom 8. Oktober 2013 E. 6, zur geplanten Zirkumzision eines Knaben. Nach Auffassung des Kantonsgerichts GR muss die Einwilligung der Eltern auch in medizinisch nicht indizierten Fällen grundsätzlich möglich sein. Im Einzelfall ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Angesichts der wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Zirkumzision lässt sich für das Kantonsgericht GR ein generelles Verbot und damit die Zuordnung zu einem absolut höchstpersönlichen Recht nicht rechtfertigen. Siehe auch BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, BSK ZGB I, N 7 zu Art. 19c ZGB, welche die Einwilligung in medizinisch nicht indizierte Eingriffe den relativ höchstpersönlichen Rechten zuordnen (mit Hinweis auf eine Interessenabwägung im Einzelfall). Nach PALLY HOFMANN, Medizinischer Berufsalltag, 26, darf ein nicht indizierter Eingriff an Urteilsunfähigen nur bei einem unmittelbaren Nutzen durchgeführt werden. Ähnlich HOTZ, KurzKomm, N 7 zu Art. 19c ZGB und STUDER/COPUR, 53, 65, die davon ausgehen, dass eine rechtsgültige Einwilligung der Eltern in eine geschlechtszuweisende Operation nicht möglich ist.

³⁴⁶ So etwa die Organspende von Urteilsunfähigen, vgl. Ausführungen unter Rz. 2.117 ff.

³⁴⁷ Dies betrifft Forschungsprojekte ohne direkten Nutzen an urteilsunfähigen Minderjährigen (vgl. Ausführungen unter Rz. 2.106 ff.) oder genetische Untersuchungen an Urteilsunfähigen (vgl. Ausführungen unter Rz. 2.127 ff.).

- Eingriff kann bis Erreichen der Urteilsfähigkeit der betroffenen Person aufgeschoben werden.
- 2.153 Um ergebnisorientierte, nicht therapeutische Eingriffe (wie beispielsweise der Forschung dienende Eingriffe an urteilsunfähigen Kindern oder genetische Untersuchungen an urteilsunfähigen Minderjährigen) trotzdem für zulässig zu erklären, verwendet der Gesetzgeber folgende (oftmals kumulativ zu erfüllende) *Kriterien*:
- geringfügige Belastung für den (urteilsunfähigen) Minderjährigen,
 - minimales Risiko,
 - gleichwertige Ergebnisse/Erkenntnisse können nicht anders gewonnen werden,
 - langfristiger Nutzen für Dritte oder nach den gesamten Umständen im Interesse des betroffenen urteilsunfähigen Minderjährigen liegend,
 - Miteinbezug des urteilsunfähigen Minderjährigen (Partizipations- und Veto-Rechte) und
 - Zustimmung der vertretungsberechtigten Person bzw. Zustimmung durch die KESB.
- 2.154 Nach dem Gesagten sind ärztliche Eingriffe, die nicht darauf ausgerichtet sind, die gesundheitliche Situation eines urteilsunfähigen Minderjährigen zu verbessern bzw. zu stabilisieren, an sich unzulässig. Spezifische Eingriffe, bei denen von einem Drittnutzen auszugehen ist (Forschung, genetische Untersuchung bei schwerer Erbkrankheit in der Familie, fremdnützige Entnahme von Blutstammzellen) oder die im Interesse der betroffenen Person liegen (Sterilisation an über 16-jährigen dauernd Urteilsunfähigen), werden spezialgesetzlich bei Vorliegen spezifischer Voraussetzungen für zulässig erachtet.
- 2.155 Für andere medizinisch nicht indizierte Eingriffe, wie beispielsweise geschlechterbestimmende Operationen oder ästhetische Eingriffe an Minderjährigen fehlen spezialgesetzliche Regelungen. Dies führt in der Lehre immer wieder zu kontroversen Diskussionen.³⁴⁸ Die Begrenzung des elterlichen Vertretungsrechts bei den erwähnten, nicht indizierten Behandlungen wird unter dem 6. Teil dieser Untersuchung nochmals aufgegriffen.³⁴⁹

³⁴⁸ Nationale Ethikkommission, Ethische Fragen zur «Intersexualität», 14, 15, 19; BELSER/RUMO JUNGO, 555, 573; MICHEL, Rechte von Kindern, 144; MÖSCH PAYOT, Kindeswohl, 2; THOMMEN, Eingriffe an Urteilsunfähigen, 108; STUDER/COPUR, 53, 65 ff.

³⁴⁹ Vgl. Rz. 6.1 ff.

V. Fazit

Welche Schlussfolgerungen lassen sich aus all dem bisher Gesagten zu den Grenzen elterlicher Vertretungsrechte in der Medizin ziehen? 2.156

- Vorbehaltlich einer spezialgesetzlichen Regelung, entfällt das elterliche Vertretungsrecht, sobald das Kind bzw. der Jugendliche hinsichtlich der in Frage stehenden medizinischen Behandlung die Urteilsfähigkeit erreicht.
- Die Eltern haben sich auch im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen ihres Kindes am Kindeswohl zu orientieren. Zur Erörterung des Kindeswohls in gesundheitlichen Fragestellungen darf nicht allein auf die medizinische Indikation abgestellt werden. Vielmehr sind die persönlichen Lebensumstände des Kindes sowie die elterlichen Ressourcen angemessen in die Beurteilung einzubeziehen.
- Kann die gesundheitliche Situation des Kindes durch die Therapie nicht verbessert oder stabilisiert werden, ist die Therapie aussichtslos oder wirkungslos und bewirkt die Behandlung lediglich zusätzliche Belastung und Leid, sind die Grenzen des elterlichen Vertretungsrechts erreicht und die Eltern können dem Kind eine solche Therapie nicht vertretungsweise aufbürden.
- In Grenzbereichen der Medizin empfiehlt sich die Strategie der konsensualen Entscheidungsfindung zwischen den Eltern und dem Arzt/Behandlungsteam. Dem elterlichen Entscheidungsrecht kommt dabei umso mehr Bedeutung zu, je mehr eine Intensivtherapie weder eindeutig im besten Interesse des Kindes ist, noch diesem eindeutig zuwiderläuft. Die konsensuale Entscheidungsfindung ist zwar im Recht der elterlichen Sorge nicht explizit vorgesehen, allerdings dient dieser Weg der Verwirklichung des Kindeswohls, welches vorrangiges Leitprinzip des gesamten Kindesrechts ist.
- Der Grundsatz wonach Eltern berechtigt, nicht jedoch verpflichtet sind, stellvertretend einem individuellen Heilversuch ihres Kindes zuzustimmen, überzeugt nicht. Konkret sollte der Ermessensspielraum elterlichen Handelns hinsichtlich eines individuellen Heilversuches an ihrem urteilsunfähigen Kind umso kleiner sein, je mehr verlässliche Evidenz über die Wirksamkeit und Sicherheit der Behandlung vorliegt.
- Die vom Gesetzgeber vorgenommene Abgrenzung zwischen einem individuellen Heilversuch und der therapeutischen Forschung ist unklar. Insofern ist fraglich, wann die Voraussetzungen der therapeutischen Forschung an urteilsunfähigen Kindern erfüllt sein müssen und wann die allgemeingültigen Regelungen zur stellvertretenden Einwilligung in einen individuellen Heilversuch vorzuliegen haben. Auch hier wird im Einzelfall das Kindeswohl ausschlaggebend sein müssen.

- Für einzelne Bereiche medizinischer Eingriffe ohne therapeutische Wirkung (Organspende, Sterilisation an urteilsunfähigen Minderjährigen) hat der Gesetzgeber die Eltern von ihrem elterlichen Vertretungsrecht entbunden bzw. ihre Rechte massiv eingeschränkt (genetische Untersuchungen oder Forschungsprojekte an urteilsunfähigen Kindern). Diese Entscheidungen des Gesetzgebers sind zu begrüßen.
- In anderen Bereichen medizinischer Eingriffe ohne therapeutische Wirkung fehlen gesetzliche Grundlagen zur Grenzziehung elterlichen Handelns. Die Begrenzung des elterlichen Vertretungsrechts bei rein ästhetisch motivierten chirurgischen Eingriffen und geschlechtszuweisenden Operationen bei intersexuellen Kindern wird im 6. Teil der Forschungsarbeit besprochen.³⁵⁰

³⁵⁰ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 6.13 ff. und Rz. 6.59.

3. Teil: Staatliche Fürsorgepflicht

Nachdem die rechtlichen Rahmenbedingungen elterlichen Handelns im Zusammenhang mit medizinischen Eingriffen an Kindern soweit möglich geklärt sind, wird der Fokus im vorliegenden Teil der Untersuchung auf die Fürsorgepflicht des Staates gelegt. Es soll der Frage nachgegangen werden, aufgrund welcher Rechtsgrundlagen und mit welchen Instrumenten der Staat zum Schutz der physischen und psychischen Unversehrtheit von Kindern eingreift, wenn Eltern die Grenzen ihres elterlichen Vertretungsrechts überschreiten. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt auf zivilrechtlichen Aspekten und dem Beitrag des zivilrechtlichen Kindesschutzes zur Verhinderung von Gefährdungen der Gesundheit von Kindern durch elterliches Handeln. 3.1

1. Kapitel: Schweizerisches Kindesschutzsystem

I. Kindesschutz als verfassungs- und völkerrechtlicher Auftrag

Die Betreuung und Erziehung des Kindes obliegt in erster Linie den Eltern. Fallen Eltern aus oder kommen sie ihren Verpflichtungen nicht genügend nach, steht der Staat in der Pflicht, mittels geeigneten Massnahmen zum Schutz von Minderjährigen einzugreifen. Die Fürsorgepflicht des Staates beruht auf verfassungs- und völkerrechtlichen Rechtsgrundlagen. Verfassungsrechtlich sind Kinder wie Erwachsene Träger von Grundrechten.³⁵¹ Sie haben das Recht auf Leben, persönliche Freiheit sowie auf körperliche und geistige Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV). Ferner wird der Erziehungs- und Betreuungsbedürftigkeit von Kindern und Jugendlichen Rechnung getragen, indem ihnen ein «Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung» zugestanden wird (Art. 11 Abs. 1 BV). 3.2

Neben den verfassungsrechtlichen Bestimmungen zum Schutz des Kindes sind aus völkerrechtlicher Sicht das Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (KRK) sowie die Biomedizinkonvention bedeutsam. Die KRK verpflichtet die Vertragsstaaten – unter Berücksichtigung der Rechte der Eltern – geeignete Gesetzgebungs- und Verwaltungsmassnahmen zu treffen, um den Schutz und die Fürsorge des Kindes zu gewährleisten. Konkret sind die Vertragsstaaten gehalten, die Zuständigkeiten der entsprechenden, zum Schutz des Kindes geschaffenen Institutionen zu regeln, zu koordinieren und zu 3.3

³⁵¹ MÜLLER/SCHEFER, 46.

überwachen (Art. 3 Abs. 2 und 3 KRK). Hierzu zählen beispielsweise auch klare Regelungen von Anzeige- und Meldepflichten an Kinderschutz-, Sozialhilfe- oder Schulbehörden.³⁵² Weiter werden die Vertragsstaaten durch die programmatische Bestimmung von Art. 19 KRK aufgefordert, bei einem Erziehungsversagen von Eltern geeignete Massnahmen³⁵³ zu treffen, um sowohl das Kind zu schützen als auch die Eltern zu unterstützen. Zudem werden die Staaten durch Art. 19 KRK aufgefordert, Präventionsmassnahmen vorzusehen, um schlechte Behandlung von Kindern möglichst zu vermeiden.³⁵⁴ Schliesslich sieht auch der UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) in Art. 24 den staatlichen Schutz von Minderjährigen vor, sofern dieser nicht durch die Eltern gewährleistet werden kann.

- 3.4 Nach den erwähnten verfassungs- und völkerrechtlichen Kinderschutzbestimmungen ist der Staat nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, bei einer Beeinträchtigung oder Gefährdung der körperlichen oder geistigen Unversehrtheit des Kindes, die gesetzlich vorgesehenen Massnahmen zum Schutz des Kindes anzuordnen.³⁵⁵ In Bezug auf die physische und psychische Beeinträchtigung der Gesundheit eines Kindes besteht die grosse Herausforderung darin, Massnahmen anzuordnen, die geeignet, erforderlich, wirksam und angemessen (verhältnismässig) sind, dabei jedoch den Rechten der Eltern genügend Achtung schenken (Art. 36 BV).³⁵⁶ Wie sich zeigen wird, liegt bei gesundheitlichen Fragestellungen des Kindes eine besondere Schwierigkeit darin, den richtigen Zeitpunkt für ein Eingreifen zu finden. Damit sind ein geeignetes Anzeige- und Meldesystem und adäquate Präventionsmassnahmen³⁵⁷ angesprochen. Die nachfolgenden Ausführungen beleuchten die Zielrichtung und Instrumente des Schweizerischen Kinderschutzsystems.

II. Überblick

- 3.5 Die staatliche Fürsorgepflicht zum Schutz der physischen und psychischen Gesundheit des Kindes findet seinen Niederschlag in verschiedenen

³⁵² COTTIER, Prävention, 19; WYTENBACH, 345.

³⁵³ Botschaft Kinderrechtskonvention, 45, dazu zählen Programme zur Unterstützung der Betreuungspersonen sowie Massnahmen zur adäquaten Bearbeitung von gemeldeten Gefährdungsfällen.

³⁵⁴ BIAGGINI, Kinderrechte, 9, 29.

³⁵⁵ BLUM-SCHNEIDER/GÄCHTER, 36, 37; CREVOISIER, 217; HAUSHEER, 303, 317 f.; mit Verweis auf Art. 3 Abs. 2 KRK vgl. SUTTER, 19, 23 f.

³⁵⁶ Die Rechte von Kindern stehen in einem Spannungsverhältnis zu den Erziehungsrechten der Eltern. Die Herausforderung besteht darin, einen fairen Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen zu finden. Vgl. dazu KOLLER/WYSS, 435, 438 f.

³⁵⁷ So auch COTTIER, Prävention, 20, in Bezug auf die Beschneidung von Mädchen.

Rechtsgebieten. Grundsätzlich werden drei Bereiche des Kinderschutzes unterschieden:

- Der *zivilrechtliche Kinderschutz* umfasst die Massnahmen, die durch die KESB angeordnet werden, wenn die Eltern ihrer Pflicht zur Wahrung des Kindeswohls nicht bzw. ungenügend nachkommen. Ziel des zivilrechtlichen Kinderschutzes ist, drohende bzw. bestehende Gefährdungen des Kindes abzuwehren und so gut als möglich zu beheben.³⁵⁸
- Der *strafrechtliche Kinderschutz* beinhaltet die strafrechtliche Verfolgung von Delikten gegen Minderjährige.³⁵⁹ Der strafrechtliche Kinderschutz ergänzt den zivilrechtlichen Kinderschutz und wirkt im Vergleich weniger präventiv, dafür stärker repressiv.³⁶⁰
- Die *freiwillige Kindes- und Jugendhilfe* beinhaltet private oder öffentliche Hilfsangebote, die ohne obrigkeitliche Verbindlichkeit von Eltern, Kindern oder Jugendlichen in Anspruch genommen werden können.³⁶¹ Im Rahmen von gesundheitlichen Fragestellungen des Kindes sind dies beispielsweise Familienberatungsstellen, Kinderschutzgruppen in Kinderspitälern, kinder- und jugendpsychiatrische Dienste, Mütter- und Väterberatung, etc.³⁶²

III. Welche Herausforderungen stellen sich?

Das Familienleben ist grundsätzlich Privatsache. Wie aufgezeigt wurde, lässt sich ein Eingreifen des Staates nur rechtfertigen, wenn das Wohl des Kindes gefährdet ist. Welche Rahmenbedingungen vorzuliegen haben, um dem Kind die Möglichkeit zu geben, sich physisch, psychisch und sittlich bestmöglich zu entwickeln, sind keine festgelegten Grössen, sondern eine Wertungsfrage, die in jedem Einzelfall neu zu beurteilen ist. In einer offenen Gesellschaft stehen sich verschiedene Sichtweisen, die durch unterschiedliche Ideologien und Kulturen geprägt sind, gegenüber. Dies führt dazu, dass unterschiedliche Erwartungen an

3.6

³⁵⁸ BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 1 zu Art. 307 ZGB; HEGNAUER, Grundriss, 204.

³⁵⁹ HAEFELI, Wegleitung, 130. Der strafrechtliche Kinderschutz beinhaltet neben Straftatbeständen des Erwachsenenstrafrechts auch Bestimmungen des Jugendstrafrechts. Das Jugendstrafrecht ist für die vorliegend zu bearbeitende Fragestellung nicht von Relevanz.

³⁶⁰ HEGNAUER, Grundriss, 204; BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 9 zu Art. 307 ZGB.

³⁶¹ BIDERBOST, HandKomm, N 3 zu Art. 307 ZGB; HAEFELI, Grundriss Erwachsenenschutzrecht, 331 ff.

³⁶² COTTIER, Prävention, 20; HAEFELI, Wegleitung, 130; HEGNAUER, Grundriss, 204.

den Staat herangetragen werden, ob und gegebenenfalls wie für das Wohl des Kindes und der Familie einzugreifen ist.³⁶³

- 3.7 Ein Eingreifen des Staates führt mitunter zu Abgrenzungsproblemen. Elternrechte dürfen nur soweit beschnitten werden, als dies zugunsten des Kindes erforderlich ist. Das Bundesgericht hat wiederholt darauf hingewiesen, dass die Entscheidungsbefugnis der Eltern zu schützen ist und jeder staatliche Eingriff die Voraussetzungen von Art. 36 BV (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit) zu erfüllen hat. Bei dieser Ausgangslage ist der Staat aufgefordert, zwischen den Rechten des Kindes und den Rechten der Eltern einen gerechten Ausgleich zu finden.³⁶⁴ Weiter darf ein Eingreifen des Staates auch nicht dazu führen, dass die Rechte des Kindes eingeschränkt werden.³⁶⁵
- 3.8 Nach dem Dargelegten zeigt sich, dass die Schutzbedürftigkeit des Kindes keine stabile Grösse ist. Wann staatliches Eingreifen erforderlich ist und wie weit ein solches gehen muss bzw. darf, ist äusserst heikel zu beantworten. Zum einen geht es darum, die notwendige Gesundheitsversorgung eines Kindes zu eruieren. Zum anderen ist zu klären, wann und insbesondere mit welchen Massnahmen einzugreifen ist. In Grenzbereichen der Medizin stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Staat den Eltern das Recht zuerkennen soll, medizinisch indizierte Behandlungen oder Therapien ihres Kindes abzulehnen³⁶⁶ und ob er ihnen umgekehrt den Anspruch auf maximale Behandlung ihres Kindes zu gewährleisten hat.

³⁶³ LAETSCH/HAURI/JUD/ROSCHE, 1 ff. Die Autoren haben sich der Problematik der Erörterung des Kindeswohls angenommen und ein standardisiertes Vorgehen zur Abklärung des Kindeswohls für die Praxis entwickelt. Das Instrumentarium beinhaltet einen interessanten Ansatz, wenngleich nach wie vor viel Interpretationsspielraum verbleibt, wann effektiv von einer Gefährdung des Kindeswohls auszugehen ist.

³⁶⁴ Zur Interessenabwägung im Zusammenhang mit einer Dispens vom Schwimmunterricht: BGE 135 I 79 vom 24. Oktober 2008 E. 7.2; ebenso BGE 119 Ia 178 E. 7 ff.; zur Interessenabwägung hinsichtlich eines kantonalen Schulzahnpflegegesetzes, das eine zahnmedizinische Zwangsbehandlung vorsieht: BGE 118 Ia 427 E.6 und E. 7; zur Versetzung eines Kindes in eine Kleinklasse: BGE 117 Ia 27 E. 5 f.

³⁶⁵ Vgl. dazu Entscheid des Obergerichts Luzern (LGVE 2007 I Nr. 2) vom 3. Dezember 2007 E. 4.4, nähere Ausführungen zu dieser Entscheid finden sich unter Rz. 2.21. Im Übrigen hielt das Bundesgericht bereits in BGE 104 Ia 480 fest, dass eine obligatorische Röntgenuntersuchung zur Bekämpfung der Tuberkulose das Recht des Kindes auf persönliche Freiheit unzulässigerweise beschränkt.

³⁶⁶ Anschaulich hierzu Fall Olivia Pilhar vgl. Ausführungen unter Rz. 1.19.

2. Kapitel: Zivilrechtlicher Kindesschutz als staatliche Durchsetzung der Grenzen des elterlichen Sorge- und Vertretungsrechts

I. Ausgangslage

Der zivilrechtliche Kindesschutz ist darauf ausgerichtet, dort einzugreifen, wo es Eltern zeitweilig oder dauernd nicht möglich ist, ihrer umfassenden Verantwortung gegenüber ihrem Kind nachzukommen und dieses dadurch einer Gefährdung ausgesetzt ist (Art. 307 Abs. 1 ZGB). Bevor nachfolgend ein Überblick über den zivilrechtlichen Kindesschutz vermittelt wird, ist einleitend in geraffter Form auf deren Eingriffsvoraussetzungen einzugehen. 3.9

II. Eingriffsvoraussetzungen für das Einleiten von Kindesschutzmassnahmen

1. Gefährdung des Kindeswohls

Der Begriff des Kindeswohls entzieht sich, wie dargelegt, einer abschliessenden Definition.³⁶⁷ Da die Gefährdung des Kindeswohls eine der Voraussetzungen für das Einleiten von Kindesschutzmassnahmen ist,³⁶⁸ bezeichnen einzelne Autoren den Kindesschutz als eine der schwierigsten Aufgaben des Kindesrechts.³⁶⁹ Wann die Umstände für eine kindswohlgerechte Entwicklung des Kindes nicht mehr gegeben sind, kann oft nur bei schwerer Suchtproblematik oder Krankheit der Eltern sowie bei Körperverletzungsdelikten an den eigenen Kindern klar umschrieben werden. In den übrigen Fällen, bei weniger offensichtlichem Fehlverhalten, ist die Ausgangslage sehr viel schwieriger.³⁷⁰ 3.10

Gefährdungen des Kindeswohls treten sowohl als Beeinträchtigung des *körperlichen oder geistigen Wohls* als auch als Kombination von beidem auf. Zu den Gefährdungen des *körperlichen Wohls* werden mangelnde Körper- und Gesundheitspflege, Fehlernährung, die Verweigerung ärztlicher oder medikamentöser Behandlung, Genitalbeschneidungen etc. gezählt.³⁷¹ Unter die Gefährdungen des *geistigen Wohls* sind Vernachlässigungen, die fehlende 3.11

³⁶⁷ Vgl. Rz. 2.9.

³⁶⁸ Vgl. Art. 307 Abs. 1 ZGB.

³⁶⁹ HEGNAUER, Kindesrecht, 25, 35; LAETSCH/HAURI/JUD/ROSCH, 1 ff.

³⁷⁰ Zu denken ist an Fälle, in denen Eltern aus ideologischen, religiösen oder weltanschaulichen Überlegungen medizinische Behandlungen ablehnen. Vgl. Ausführungen unter Rz. 1.18 f.

³⁷¹ BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 18 zu Art. 307 ZGB; COTTIER, Prävention, 19.

Bereitschaft zur Unterstützung bei schulischen oder geistigen Schwächen oder eine fehlende Förderung von besonderen Begabungen zu zählen. Im Übrigen können auch eine soziale Isolation des Kindes oder wahnhaft, religiöse oder haltlos sittliche Einstellungen der Eltern zu einer Gefährdung des geistigen Wohls des Kindes führen.³⁷²

- 3.12 Die beschriebenen Gefährdungen müssen eindeutig und erheblich sein. Hierfür bedarf es – obwohl jeweils prognostische Elemente mit einzubeziehen sind – einer gewissen Ernsthaftigkeit und Konkretheit.³⁷³ Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich die Gefahr bereits verwirklicht hat; vielmehr ist die Gefährdung als Vorstufe zur Schädigung zu verstehen.³⁷⁴ Es muss eine Situation vorliegen, die – wenn sie so belassen würde – zu einer Schädigung des Kindes führen würde. Hierfür reicht es allerdings nicht, wenn unter mehreren vertretbaren Lösungen, seitens der Eltern nicht die beste (aus welcher Sicht auch immer) gewählt wird.³⁷⁵ Zwischen der idealen Ausübung der elterlichen Sorge und dem Eingreifen der Behörde, gibt es eine Bandbreite, in der elterliche Schwächen in Kauf zu nehmen sind.³⁷⁶
- 3.13 Massgeblich für die Anordnung von Kinderschutzmassnahmen ist einzig und allein, ob das Wohl des Kindes gefährdet ist und wie dieser Gefährdung

³⁷² Vgl. dazu Urteil des Zürcher Obergerichts vom 16. April 2013 (NQ120061) zum Vorwurf der erzieherischen Vernachlässigung. Dieser Entscheid verdeutlicht die Schwierigkeit, im Raum stehende Vorwürfe von erzieherischem Fehlverhalten abzuklären und die Grenze zu definieren, wann elterliche Verhaltensweisen eine Grenze überschreiten, die staatliches Eingreifen erfordert. Siehe auch Urteil des Zürcher Obergerichts (PQ140004) vom 8. April 2014 zur Klärung der Erziehungsfähigkeit der Eltern.

³⁷³ Vgl. hierzu Urteil des BGer 5A_336/2014 vom 8. Januar 2015 E. 3.4.1 f., zur Frage der Rückplatzierung eines Kindes in die Obhut der Mutter. Das Risiko eines Rückfalls der Mutter in die Alkoholsucht wurde in Bezug auf die mögliche Gefahr einer erneuten Vernachlässigung des Kindes als zu gross und nicht vertretbar eingestuft. Siehe auch Urteil des BGer 5A_621/2014 vom 11. November 2014, zum Entzug des Obhutsrechts bei einer gewalttätigen Mutter; ebenso Urteil des BGer 5A_732/2014 vom 26. Februar 2015 E. 4.4; zur Ernsthaftigkeit der Gefahr: HAEFELI, *Wegleitung*, 132 f.; HAEFELI, *Grundriss Erwachsenenschutzrecht*, 335 f.

³⁷⁴ Illustrativ hierfür ist der Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden (ZK1 13 42) vom 8. Oktober 2013; vgl. dazu auch BIDERBOST, *HandKomm*, N 9 f zu Art. 307 ZGB.

³⁷⁵ HEGNAUER, *Kindesrecht*, 25, 36.

³⁷⁶ Vgl. Urteil des Obergerichts Zürich (PQ140004) vom 8. April 2014, zur Frage der Erziehungsfähigkeit der Eltern; ebenso BELSER, 81, 92 ff.; BREITSCHMID, *BSK ZGB I*, N 6 zu Art. 307 ZGB; TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, *Rz.* 5 zu § 44.

begegnet werden kann.³⁷⁷ Unerheblich ist demgegenüber, woher die Gefährdung kommt. Es bleibt unberücksichtigt, ob die Eltern ein vorwerfbares Verhalten trifft oder die Ursache beim betroffenen Kind selbst zu suchen ist.³⁷⁸ Der zivilrechtliche Kindesschutz verfolgt demgemäss nicht das Ziel, die Eltern oder das Kind zu bestrafen, sondern es geht darum, weitere Gefährdung des Kindes abzuwenden, aufzuhalten oder zu mildern.³⁷⁹

2. Verhältnismässigkeit

Kindesschutzmassnahmen beinhalten einen Eingriff in die Grundrechte der Eltern und der Kinder. Wie bei jedem staatlichen Grundrechtseingriff ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen. Dieser wird durch die Prinzipien Subsidiarität, Komplementarität und Proportionalität konkretisiert.³⁸⁰ 3.14

A) Subsidiarität und Komplementarität

Dem Subsidiaritätsprinzip folgend sollen Massnahmen erst dann angeordnet werden, wenn Eltern nicht in der Lage sind, dem Kind den erforderlichen Schutz zu gewähren. In einem ersten Schritt muss daher versucht werden, auf freiwilliger Basis mit den Eltern zusammenzuarbeiten, um eine Vertrauensbasis zu gewinnen und eine Bedarfsanalyse zu erstellen.³⁸¹ 3.15

Das Prinzip der Komplementarität verfolgt den Grundsatz, wonach Kindesschutzmassnahmen die Eltern in ihrer Pflege und Erziehung ergänzen bzw. unterstützen sollen, ohne sie jedoch aus ihrer Verantwortung zu entlassen.³⁸² Die Freiheit privater Lebensgestaltung ist auch bei der Erziehung 3.16

³⁷⁷ TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, Rz. 4 zu § 44.

³⁷⁸ BIDERBOST, HandKomm, N 14 zu Art. 307 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 17.152.

³⁷⁹ BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 14 ff. zu Art. 307 ZGB; HEGNAUER, Kindesrecht, 25, 36; TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, Rz. 4 zu § 44.

³⁸⁰ BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 5 ff. zu Art. 307 ZGB.

³⁸¹ GULER, Beistandschaft, 51, 54; COTTIER, Prävention, 27; BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 1 und N 6 zu Art. 307 ZGB; zur Bedarfsanalyse BIDERBOST, Massschneidern, Rz. 15 ff.; zur Vertrauensbasis HENKEL, 75 f.

³⁸² Vgl. dazu Urteil des Kantonsgerichts Graubünden (ZK1 13 16) vom 28. März 2013 E. 4.c., betreffend der Anordnung von Kindesschutzmassnahmen bei Ungereimtheiten im Zusammenhang mit einem Verbrennungsunfall eines Kleinkindes; TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, Rz. 5 zu § 44; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 17.152; BÜCHLER/VETTERLI, 246; BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 7 zu Art. 307 ZGB.

von Kindern zu berücksichtigen.³⁸³ Nicht jede Unzulänglichkeit ist ein Grund für behördliches Einschreiten.³⁸⁴ Zwischen der idealen Ausübung der elterlichen Sorge (sofern es diese denn überhaupt gibt) und einem Eingreifen der KESB gibt es einen Bereich, indem nachteilige Verhaltensweisen von Eltern zu akzeptieren sind.

B) Proportionalität

- 3.17 Die Proportionalität oder Verhältnismässigkeit (i.e.S) beinhaltet die Überlegung, dass – sofern eine behördliche Intervention erforderlich ist – diese so wenig wie möglich, jedoch so viel wie nötig in die Rechte der Eltern eingreift.³⁸⁵ Hierbei zeigt die Erfahrung, dass es sinnvoller ist, in einem frühen Stadium der Gefährdung des Kindeswohls mit möglichst milden Massnahmen einzugreifen, um ein invasiveres Eingreifen zu einem späteren Zeitpunkt zu vermeiden.³⁸⁶ Neben einem möglichst frühen Eingreifen mit milden Mitteln, sollte eine Massnahme nur so lange als erforderlich aufrecht erhalten bleiben. Erst wenn eine gewählte Kinderschutzmassnahme nicht genügt, ist eine eingreifendere Massnahme anzuordnen.³⁸⁷ Gleichzeitig muss die ergriffene Massnahme

³⁸³ M.w.H. zur Frage der Gewichtung von Eltern- und Kindesinteressen vgl. Urteil des BGer 5A_242/2007 vom 16. Oktober 2007 E. 5.1 ff. Für das Bundesgericht reichte das Argument der Beschwerdeführerin, wonach eine Zuteilung der elterlichen Obhut, ihrer eigenen psychischen Gesundheit förderlich sei, nicht für die Umplatzierung des Kindes.

³⁸⁴ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz.17.152; BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 6 zu Art. 307 ZGB.

³⁸⁵ Illustrativ hierzu das Urteil des Obergerichts Zürich (LY110046-O/U) vom 15. März 2012 E. 6.6. Das Gericht erachtete den vollumfänglichen Entzug der elterlichen Sorge als zu weitgehend. Nach Ansicht des Obergerichts ist der Schutz der betroffenen Minderjährigen genügend gewährleistet, wenn die elterliche Sorge lediglich auf die medizinischen und therapeutischen Belange beschränkt wird. Siehe dazu auch GULER, Beistandschaft, 51, 54; BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 8 zu Art. 307 ZGB.

³⁸⁶ Zur Unverhältnismässigkeit eines Obhutsentzugs vgl. Urteil des BGer 5A_238/2010 vom 11. Juni 2010 E. 4; zur Verhältnismässigkeit der Zurückbehaltung in einer Anstalt vgl. Urteil des BGer 5C_258/2006 vom 22. Dezember 2006 E. 2; zur Verhältnismässigkeit eines vorläufigen Obhutsentzugs aufgrund qualifizierter Körperverletzung zum Nachteil eines Säuglings vgl. Urteil des Obergerichts Thurgau (RBOG 2013 S. 121) vom 3. Juli 2013 E. 3a; HEGNAUER, Grundriss, 206; BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 8 zu Art. 307 ZGB.

³⁸⁷ COTTIER, Prävention, 27.

zumutbar sein, indem der durch die Massnahme erstrebte Nutzen in einem vernünftigen Verhältnis zum Grad der Bedrohung des Kindeswohls steht.³⁸⁸

III. Zu den einzelnen Kinderschutzmassnahmen

Der zivilrechtliche Kinderschutz umfasst vier Arten von Massnahmen: Die geeigneten Massnahmen (Art. 307 ZGB), die Beistandschaft (Art. 308 ZGB), die Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts (Art. 310 ZGB) und die Entziehung der elterlichen Sorge (Art. 311 ZGB). Diese Massnahmen werden in der Literatur oftmals mit Treppenstufen verglichen.³⁸⁹ Bildlich betrachtet haben die einzelnen Stufen unterschiedliche Stufenhöhen. Je nach gewählter Massnahme ist die Eingriffsintensität für die beteiligten Personen gering oder – wie dies etwa bei den Massnahmen nach Art. 310 ZGB oder Art. 311 ZGB der Fall ist – um ein Vielfaches einschneidender. Kombinationen von Kinderschutzmassnahmen sind zulässig, soweit die Summe der Massnahmen faktisch nicht einer weitergehenden Massnahme entspricht.³⁹⁰ Im Folgenden werden die einzelnen Massnahmen kurz dargestellt, um im Anschluss auf deren Bedeutung in gesundheitlichen Fragestellungen und medizinischen Behandlungen von Kindern einzugehen.

1. Geeignete Massnahmen (Art. 307 ZGB)

A) Grundsätzliches

Dem Wortlaut des Gesetzesartikels folgend kann die KESB die Eltern «...ermahnen, ihnen Weisungen für die Pflege, Erziehung oder Ausbildung erteilen und eine geeignete Person oder Stelle bestimmen, der Einblick und Auskunft zu geben ist».³⁹¹ Die vorerwähnten Anordnungen machen Sinn, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich die Eltern kooperativ zeigen und gewillt sind, Empfehlungen umzusetzen. Zudem darf die Gefährdung des Kindes nicht derart intensiv sein, dass das elterliche Vertretungsrecht begrenzt oder entzogen werden müsste. Des Weiteren dürfen die Massnahmen lediglich die Erziehungsarbeit der Eltern betreffen.³⁹² Nicht zulässig sind Anordnungen, die in die persönliche Lebensgestaltung der Eltern eingreifen. Demnach können

³⁸⁸ Vgl. dazu Urteil des BGer 5D_171/2009 vom 1. Juni 2010 E. 3.3 und 3.7, zur Verhältnismässigkeit des Entzugs der elterlichen Sorge im Zusammenhang mit einer möglichen Wohnsitzverlegung ins Ausland; siehe auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 17.152; BIDERBOST, HandKomm, N 11 zu Art. 307 ZGB.

³⁸⁹ BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 2 zu Art. 307 ZGB.

³⁹⁰ Statt vieler: BIDERBOST, HandKomm, N 1 zu Art. 307 ZGB.

³⁹¹ Art. 307 Abs. 3 ZGB.

³⁹² Vgl. dazu Entscheid des Obergerichts Solothurn (ZKBER.2012.40) vom 2. Juli 2012; HENKEL, 69; BIDERBOST, HandKomm, N 16 zu Art. 307 ZGB.

Eltern nicht dazu verpflichtet werden, aus einer religiösen Gemeinschaft auszutreten oder sich nicht mehr vegan zu ernähren. In der Lehre sowie auch in der kantonalen und bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird es als zulässig erachtet, Eltern in hochstrittigen Situationen zur Teilnahme an einer Therapie oder einer Mediation zu verpflichten.³⁹³

B) Beratung, Begleitung, Ermahnung und Unterstützung in gesundheitlichen Fragestellungen des Kindes

a) Informelle Beratungsgespräche und förmliche Untersuchungsverfahren

- 3.20 Die in Art. 307 Abs. 3 ZGB aufgeführte Aufzählung von Massnahmen ist nicht abschliessend. Daher besteht für die KESB die Möglichkeit, informelle und auf die jeweilige Situation zugeschnittene Anordnungen zu treffen, um eine bestehende oder sich abzeichnende Gefährdungssituation des Kindes proaktiv anzugehen.³⁹⁴
- 3.21 Ein informelles Gespräch bietet für die Eltern sowie möglicherweise auch für das betroffene Kind, die Gelegenheit, Verhaltensweisen zu erklären, Fragen zu stellen, Ängste zu äussern, Wünsche anzubringen, etc. Das gesprächsführende Mitglied der KESB kann sich in diesem Zusammenhang ein Bild über die Gefährdungssituation des Kindes machen. Möglicherweise zeigt sich durch das Gespräch, dass es in einem ersten Schritt ausreichend ist, die Eltern zur unterstützenden Beratung an eine Fachstelle oder an eine Organisation des freiwilligen Kinderschutzes zu vermitteln. Im Übrigen kann Eltern aufgezeigt werden, welche Massnahmen in Erwägung gezogen werden müssten, wenn sich die Gefährdungssituation des Kindes manifestieren sollte. Informelle Beratungsgespräche sollten engmaschig betreut bleiben, um abschätzen zu können, ob sich die Gefährdungssituation des Kindes entspannt oder aber intensivere Massnahmen erforderlich sind. Um diesen Anforderungen nachzukommen, ist eine interdisziplinäre Zusammenarbeit zwischen Kinderärzten in Spitälern, Organisationen des freiwilligen Kinderschutzes, Kinderärzten in Privatpraxen, Lehrpersonen etc. unabdingbar.³⁹⁵
- 3.22 Diese Überlegungen aufnehmend, erscheint es beispielsweise angebracht, dass Ärzte Gefährdungsanzeichen, die bei medizinischen Behandlungen von Kindern wahrgenommen werden, gegenüber den Eltern thematisieren. Kann die Kooperation der Eltern nicht erwirkt werden, sollte möglichst frühzeitig interveniert und im Bedarfsfall die KESB zu einem klärenden informellen Gespräch zugezogen werden. Es wäre daher begrüssenswert, die Schwelle für

³⁹³ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 3.29 ff.

³⁹⁴ Für ein proaktives Vorgehen vgl. auch Ausführungen unter Rz. 3.23 f.

³⁹⁵ Zur interdisziplinären Zusammenarbeit vgl. Ausführungen unter Rz. 5.85 ff.

eine informelle Beratung möglichst tief anzusetzen, zu einem Zeitpunkt, in dem die Voraussetzungen zur Anordnung von Kinderschutzmassnahmen (noch) nicht vorliegen.

b) «Angeordnete Beratung»

Als positives Beispiel für eine möglichst frühzeitige Intervention ist die «angeordnete Beratung», die im Kanton Basel-Stadt in Eheschutz- und Scheidungsverfahren gerichtlich angeordnet wird, zu nennen.³⁹⁶ Dieses von einer interdisziplinären Arbeitsgruppe entwickelte und auf die kantonalen Verhältnisse zugeschnittene Instrumentarium, dient der Konfliktdeeskalation in Kinderbelangen.³⁹⁷ Ziel ist es, blockierte Prozesse in einem klar definierten Zeitrahmen zügig anzugehen und – wenn immer möglich – eine Chronifizierung und «Verkrustung» elterlicher Konflikte zu vermeiden. Konkret werden die Eltern umgehend nach der Weisungserteilung durch das Gericht in einem strukturierten Verfahren von drei bis sechs Monaten von einer Fachperson in der Aufarbeitung der strittigen Fragen begleitet. Ziel ist es, die Eltern in ihrer Verantwortung zu unterstützen, eine einvernehmliche Lösung zu finden, die sich an den kindlichen Interessen orientiert. Nach Ablauf von ca. drei Monaten ist das Gericht – sofern bis dahin keine Vereinbarung gefunden werden konnte – von der Fachperson über den Stand der Beratung zu informieren. Ist eine einvernehmliche Lösung denkbar, aber noch nicht spruchreif, kann die Beratungsphase im Bedarfsfall verlängert werden. Wesentlich an der «angeordneten Beratung» ist, dass die Eltern zur Teilnahme verpflichtet sind, ihnen die Vereinbarung jedoch nicht diktiert wird und das Vorgehen zeitlich befristet ist.³⁹⁸ 3.23

Obwohl die «angeordnete Beratung» für strittige Kinderbelange vor Gericht entwickelt wurde, beinhaltet das beschriebene Vorgehen wertvolle Aspekte, die auch in einem Kinderschutzverfahren bzw. möglicherweise bevor ein solches eröffnet worden ist, aufgegriffen werden können. Zu übernehmen ist die 3.24

³⁹⁶ Stehen Verhaltensweisen der Eltern im Zusammenhang mit einem Eheschutz- oder Scheidungsverfahren, sind Kinderschutzmassnahmen gerichtlich anzuordnen (Art. 315a ZGB). Zur Konkretisierung der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Gericht und KESB vgl. Urteil des BGer 5C.252/2005 vom 16. Dezember 2005 E. 2.2.

³⁹⁷ BANNHOLZER/DIEHL/HEIERLI ET. AL., 111 ff.

³⁹⁸ BANNHOLZER/DIEHL/HEIERLI ET. AL., 111, 112 f., 120 f. Die angeordnete Beratung unterscheidet sich von der Mediation darin, dass die beauftragte Fachperson eine Führungsrolle einnimmt und in den Prozess der Lösungsfindung einwirkt. Des Weiteren ist die Fachperson bei Scheitern einer Lösungsfindung zur Stellungnahme vor Gericht aufgerufen, während die Mediation streng vertraulich bleibt. Vgl. dazu auch die Ausführungen zur Pflichtmediation unter Rz. 3.29.

frühzeitige qualifizierte Unterstützung zur Lösungsfindung in einem klar definierten Zeitrahmen. Kann die Konfliktsituation dadurch nicht entschärft werden, sind frühzeitig andere Massnahmen zu prüfen. Wie erwähnt, ist es im Bedarfsfall unabdingbar, die Beratung verpflichtend anzuordnen.³⁹⁹ Dazu müsste allerdings ein Kinderschutzverfahren eröffnet werden.

c) Ermahnungen und Weisungen

3.25 Ermahnungen und Weisungen nach Art. 307 Abs. 3 ZGB lassen sich nicht scharf voneinander unterscheiden.⁴⁰⁰ Ermahnungen haben im Vergleich zu den Weisungen eher empfehlenden Charakter, bedeuten jedoch mehr als blosser Ratschläge. Weisungen werden verbindlicher formuliert und können mit der Androhung einer Ungehorsamsstrafe (Art. 292 StGB) verbunden werden.⁴⁰¹ Ermahnungen und Weisungen zielen darauf ab, Eltern oder aber auch Kinder zu einem konkreten Tun oder Unterlassen zu bewegen.⁴⁰² Beide Anordnungen setzen die Erziehungsfähigkeit und Erziehungswilligkeit der Eltern voraus.

3.26 Ermahnung oder Weisungen lassen sich im vorliegenden Zusammenhang wie folgt einsetzen⁴⁰³:

- Ermahnung der Eltern, sich bei einer Erziehungsberatungsstelle beraten zu lassen,
- Weisung an die Eltern, ihr Kind von einer sachverständigen Person (Kinderarzt, Schulpsychologe, Kinderpsychiater etc.) abklären zu lassen,
- Weisung an die Eltern, ihr Kind kinder- oder jugendpsychiatrisch behandeln zu lassen,
- Weisung an die Eltern eines behinderten Kindes, sich von einer Fachperson hinsichtlich der Pflege, Betreuung und medizinischen Hilfsmitteln (Rollstuhl, Gehhilfen, Spezialbett, etc.) informieren und beraten zu lassen,⁴⁰⁴

³⁹⁹ Lehre und Rechtsprechung sind sich darin einig, dass auf Basis von Art. 307 Abs. 3 ZGB Therapien oder auch der Versuch einer Mediation verpflichtet angeordnet werden können. Folglich müssten auch Beratungen verpflichtend angeordnet werden können. Vgl. dazu Ausführungen zur Pflichtmediation unter Rz. 3.29 ff.

⁴⁰⁰ BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 19 zu Art. 307 ZGB; HENKEL, 75 ff.

⁴⁰¹ Vgl. dazu Urteil des Kantonsgerichts Graubünden (ZK1 13 42) vom 8. Oktober 2013. In diesem Urteil wurde der Mutter eines vierjährigen Sohnes unter Androhung der Ungehorsamsstrafe in einer Weisung verboten, den Sohn einer Beschneidung unterziehen zu lassen. Siehe auch BIDERBOST, HandKomm, N 17 zu Art. 307 ZGB; BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 21 ff. zu Art. 307 ZGB.

⁴⁰² BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 22 zu Art. 307 ZGB; HAEFELI, Wegleitung, 135.

⁴⁰³ Dazu ausführlich HENKEL, 81 ff.

⁴⁰⁴ BIDERBOST, HandKomm, N 17 zu Art. 307 ZGB.

- Weisung zur regelmässigen Genitaluntersuchung von Mädchen, deren Eltern aus Ländern, in denen die genitale Mädchenbeschneidung praktiziert wird, in die Schweiz eingewandert sind,⁴⁰⁵
- Weisung an die Eltern, ihr Kind an einem Programm für übergewichtige Kinder teilnehmen zu lassen,
- Weisung an die Eltern, das Kind ambulant oder befristet stationär behandeln zu lassen.⁴⁰⁶ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bildet Art. 307 Abs. 3 ZGB eine rechtsgenügende Grundlage für kurzfristige stationäre Behandlungen oder Abklärungen. Für längere oder unbefristete Aufenthalte in einem Spital oder Heim ist die elterliche Obhut zu entziehen.⁴⁰⁷

d) *Erziehungsaufsicht in medizinischen Belangen*

Ist davon auszugehen, dass Weisungen und Ermahnungen alleine zu wenig Wirkung erzielen, hat die KESB nach Art. 307 Abs. 3 ZGB die Möglichkeit, eine Erziehungsaufsicht zur Überwachung der erwähnten Massnahme einzusetzen. Die Eltern werden dadurch verpflichtet, der mit der Überwachung beauftragten Person oder Stelle Auskunft und Einsicht zu erteilen. Im Gegensatz zur Beistandschaft nach Art. 308 ZGB, hat die Person, der die Überwachung übertragen wird, lediglich kontrollierende und beratende Funktionen.⁴⁰⁸ Die Rechte der Eltern werden durch die Anordnung einer Erziehungsaufsicht nicht beschränkt.⁴⁰⁹

In vorliegendem Zusammenhang kann die Erziehungsaufsichtsperson zum Beispiel eingesetzt werden, um zu überprüfen, ob die aus ärztlicher Sicht empfohlenen Handlungsanweisungen oder Therapien langfristig umgesetzt und befolgt werden. Idealerweise verfügt die eingesetzte Person über ein medizinisches Grundverständnis. Als Erziehungsaufsicht könnte beispielsweise der behandelnde Kinderarzt, ein Mitglied der spitalinternen Kinderschutzgruppe oder ein zuständiger Therapeut (Physio- oder Ergotherapeut, Logopädin,

⁴⁰⁵ Dazu ausführlich COTTIER, Prävention, 29 ff.

⁴⁰⁶ HEGNAUER, Grundriss, 207.

⁴⁰⁷ Zur Differenzierung zwischen längeren und kürzeren Aufenthalten und der hierfür erforderlichen Kinderschutzmassnahme vgl. Ausführungen unter Rz. 3.46.

⁴⁰⁸ Zur Differenzierung zwischen der Erziehungsaufsicht und der Erziehungsbeistandschaft: Urteil des BGer 5A_732/2014 vom 26. Februar 2015 E. 4.3; sowie Urteil des BGer 5C.109/2002 vom 11. Juni 2002 E. 2.1.

⁴⁰⁹ HAEFELI, Wegleitung, 136; BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 23 f. zu Art. 307 ZGB, welcher allerdings zu Recht darauf hinweist, dass die Abgrenzung zwischen zur Beistandschaft nach Art. 308 ZGB mehr terminologisch als praktisch bedeutsam ist. Siehe dazu auch HAEFELI, Grundriss Erwachsenenschutzrecht, 338; GULER, Beistandschaft, 56.

Psychotherapeut, etc.) eingesetzt werden. Die eingesetzte Person ist damit in der Lage, auf medizinische Fragen oder Unklarheiten der Eltern direkt einzugehen und unerwünschte gesundheitliche Entwicklungen zu erkennen. Unabdingbar hierfür ist eine zumindest ansatzweise Kooperationsbereitschaft der Eltern. Zudem sollte das Verhältnis zu der als Erziehungsaufsicht eingesetzten medizinischen Fachperson nicht negativ vorbelastet sein. Gelingt es der Erziehungsaufsichtsperson ein Vertrauensverhältnis zu den Eltern aufzubauen, kann durch eine wenig einschneidende Anordnung ein grosses Ziel erreicht werden.⁴¹⁰

e) *Pflichtmediation*

- 3.29 Nach jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung bildet Art. 307 Abs. 3 ZGB eine rechtsgenügeliche Grundlage, um Eltern in einer hochstrittigen Situation im Interesse des Kindes zu einer Mediation⁴¹¹ zu verpflichten.⁴¹² Das Bundesgericht sieht keinen Grund, eine derartige Weisung anders als eine Familientherapie oder psychologische Beratung einzustufen.⁴¹³ Mit einem Mediationsverfahren soll der Umgang und die Kommunikation unter den Parteien verbessert und das gegenseitige Verständnis gefördert werden. Dadurch soll es möglich werden, zwischen den Parteien eine Basis zu schaffen, um eigenverantwortlich Lösungen

⁴¹⁰ HAEFELI, Wegleitung, 136.

⁴¹¹ PETER, Rz. 4 ff. In der Lehre besteht keine einheitliche und abschliessende Definition zum Begriff der Mediation. Die Definition des Schweizerischen Dachverbandes für Mediation lautet wie folgt: «Mediation ist ein Verfahren der Konfliktbearbeitung, bei dem ein unparteilicher Dritter (Mediator) die Beteiligten darin unterstützt, ihren Streit einvernehmlich zu lösen. In vertraulichen Verhandlungen entscheiden die Parteien selbst, was sie klären und wie sie in Zukunft miteinander umgehen wollen.» Vgl. dazu auch Homepage des Schweizerischen Dachverbandes für Mediation, <<http://www.infomediation.ch/cms/>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁴¹² Vgl. Urteil des BGer 5A_852/2011 vom 20. Februar 2012 E. 6; Urteil des BGer 5A_140/2010 vom 11. Juni 2010 E.3.2; Urteil des BGer 5A_457/2009 vom 9. Dezember 2009 E. 4.1; zur allg. Schranke der Anordnung Urteil des BGer 5A_71/2011 vom 22. Juni 2011 E. 3; Urteil des BGer 5A_140/2010 vom 11. Juni 2010 E. 3.2; BIDERBOST, HandKomm, N 16 zu Art. 307 ZGB.

⁴¹³ Neben der in formeller Hinsicht als Kindesschutzmassnahme anzuordnenden Pflichtmediation nach Art. 307 Abs. 3 ZGB hat die KESB nach Art. 314 Abs. 2 ZGB die Möglichkeit, die Eltern in geeigneten Fällen zu einem Mediationsversuch aufzufordern. Die *Aufforderung* zur Mediation nach Art. 314 Abs. 2 ZGB ist in inhaltlicher und formeller Hinsicht von der Pflichtmediation nach Art. 307 Abs. 3 ZGB (als *Kindesschutzmassnahme*) zu unterscheiden, da es sich um eine Verfahrensbestimmung handelt. Vgl. dazu BIDERBOST, HandKomm, N 9 zu Art. 314 ZGB.

für die Gegenwart zu erarbeiten, die auch in Zukunft Bestand haben und durch die künftige Streitigkeiten vermieden werden können.⁴¹⁴

Eine Mediation kann bei Uneinigkeit der Eltern bei einer medizinischen Behandlung oder Unstimmigkeit in einer gesundheitlichen Fragestellung des Kindes durchaus nützlich und langfristig gesehen sehr sinnvoll sein.⁴¹⁵ Spannungen und Konflikte der Eltern sind für die Genesung sowie auch das allgemeine Wohlbefinden des Kindes unbestritten nicht förderlich. Daher sollte die KESB im Interesse und zum Schutz des Kindes bestrebt darin sein, im Einverständnis mit den Eltern eine einheitliche, tragfähige und langfristige Regelung der medizinischen Betreuung und Pflege des Kindes zu finden. Dies ist hilfreich für die Zusammenarbeit mit dem behandelnden Arzt und verhindert die Anordnung von einschneidenderen Kindesschutzmassnahmen. 3.30

2. Beistandschaft (Art. 308 ff. ZGB)

A) Charakteristika der Beistandschaft

Die Beistandschaft wird angeordnet, wenn eine aktive Einwirkung in die Erziehungsarbeit der Eltern erforderlich ist und mildere Massnahmen (Art. 307 ZGB) nicht geeignet oder ausreichend sind, um die Gefährdung des Kindes abzuwenden.⁴¹⁶ Die Beistandschaft ist die häufigste angeordnete Massnahme des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts.⁴¹⁷ Sie kann ambulant und familienerhaltend angeordnet werden. Gleichwohl zeigt sie eine gewisse Griffbarkeit, da sie die punktuelle Einschränkung der elterlichen Vertretungsrechte ermöglicht. Nachfolgend werden die möglichen Formen der 3.31

⁴¹⁴ Die Parteien werden nicht zu einer Lösung verpflichtet, vielmehr werden sie verpflichtet, an der Mediation teilzunehmen. Vgl. dazu PETER, Rz. 27; MERTENS SENN, 23 ff.; zur Freiwilligkeit in der Kindesschutzmediation vgl. STAUB, 431, 435 f.

⁴¹⁵ Unstimmigkeiten der Eltern betreffend gesundheitlicher Entscheidungen in Bezug auf das Kind stehen nicht selten in Zusammenhang mit einem Trennungs- oder Scheidungsverfahren. Vgl. dazu Urteil des Kantonsgerichts Graubünden (ZK1 13 42) vom 8. Oktober 2013. Die Eltern wurden in diesem Urteil zur Verbesserung der elterlichen Kommunikation angewiesen, innerhalb eines vorbestimmten Zeitrahmens an mindestens fünf Mediationsgesprächen teilzunehmen.

⁴¹⁶ HAEFELI, Grundriss Erwachsenenschutzrecht, 341 ff.; HEGNAUER, Grundriss, Rz. 27.19 zu § 27.

⁴¹⁷ Vgl. Schweizerische Statistik der Massnahmen im Kindes- und Erwachsenenschutz 2009 (alle Kantone), in ZKE 2010, 481 ff. Die Beistandschaft wird oft als Erziehungsbeistandschaft bezeichnet. Diese Umschreibung stimmt genau betrachtet nicht, da eine Erziehungsbeistandschaft keine Vertretungsberechtigung beinhaltet. Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 3.32 f.

Beistandschaft dargestellt. Anschliessend soll auf Vor- und Nachteile der Beistandschaft zur Überwachung der gesundheitlichen Bedürfnisse des Kindes eingegangen werden.

B) Beistandschaften zur Überwachung der gesundheitlichen Bedürfnisse des Kindes

- a) Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 Abs. 1 ZGB)*
- 3.32 Die Aufgabe des Erziehungsbeistandes besteht darin, die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat zu unterstützen. Wie die Erziehungsaufsicht ist auch die Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 ZGB an sich mit keiner Einschränkung der elterlichen Sorge verbunden.⁴¹⁸ Der Erziehungsbeistand ist befugt, den Eltern Empfehlungen und Anleitungen zur Erziehung, Pflege und Betreuung des Kindes zu erteilen, ohne jedoch selbst tätig werden zu dürfen.⁴¹⁹ Gegenüber den Eltern besteht keine verbindliche Weisungsbefugnis und hinsichtlich des betroffenen Kindes liegt keine Vertretungsmacht vor. In anderen Worten, ist von einer vertretungslosen Begleitung auszugehen.⁴²⁰
- b) Übertragung besondere Befugnisse (Art. 308 Abs. 2 ZGB)*
- 3.33 Erfordern es die Verhältnisse, kann einem Beistand – neben und ohne Einschränkung der elterlichen Vertretungsrechte – für spezifisch zu definierende Belange⁴²¹ die Vertretung des Kindes übertragen werden.⁴²² Der dem Beistand zugewiesene Aufgabenbereich ist möglichst genau zu umschreiben und in einem Entscheiddispositiv festzuhalten (vgl. Art. 314 Abs. 3 ZGB). Durch die Übertragung besonderer Befugnisse wird ein Tätigkeitsschwerpunkt des Beistandes definiert.⁴²³ Eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB macht Sinn, wo sich Eltern nachgiebig zeigen und die Arbeit des Beistandes nicht als

⁴¹⁸ BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 5 zu Art. 308 ZGB; zur Erziehungsaufsicht vgl. Ausführungen unter Rz. 3.27 f.

⁴¹⁹ Die Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 ZGB unterscheidet sich in der Praxis kaum von der Erziehungsaufsicht nach Art. 307 Abs. 3 ZGB. Vgl. dazu HAEFELI, Wegleitung, 137; ebenso GULER, Beistandschaft, 51, 61.

⁴²⁰ BÜCHLER/VETTERLI, 247; BIDERBOST, HandKomm, N 13 zu Art. 308 ZGB.

⁴²¹ Der vorliegenden Thematik entsprechend wird auf die in Art. 308 Abs. 2 ZGB exemplarisch aufgeführten Vertretungsbefugnisse des Beistandes, wie die Vertretung des Kindes bei der Wahrung seines Unterhaltsanspruches sowie die Überwachung des persönlichen Verkehrs nicht eingegangen. Vielmehr wird der Fokus auf die in Art. 308 Abs. 2 ZGB erwähnte «Wahrung anderer Rechte» gelegt.

⁴²² HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 17.155 f.; BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 6 zu Art. 308 ZGB; BIDERBOST, HandKomm, N 14 zu Art. 308 ZGB; GULER, Beistandschaft, 51, 63; BIDERBOST, Erziehungsbeistandschaft, 288.

⁴²³ BÜCHLER/VETTERLI, 248.

böswilligen Eingriff, sondern als Unterstützung sehen, sich selber aber passiv verhalten und die nötigen Massnahmen zum Schutz der Gesundheit ihres Kindes unterlassen. Dem Grundsatz der Komplementarität folgend, sollte der Beistand nur vertretend handeln, wenn die Eltern nicht von sich aus die erforderlichen Schritte in die Wege leiten.⁴²⁴

Bei medizinischen Behandlungen könnte ein Beistand nach Art. 308 Abs. 2 ZGB eingesetzt werden, wenn die Eltern mit der Situation überfordert sind oder Anzeichen für eine mangelnde Kooperationsbereitschaft vorliegen.⁴²⁵ Sinnvoll erscheint dies beispielsweise bei einer chronischen Erkrankung oder schwerwiegenden Behinderung eines Kindes, wenn regelmässig und über einen längeren Zeitraum medizinische Behandlungen oder Therapien erforderlich sind. Des Weiteren sind Situationen denkbar, in denen Eltern aufgrund sprachlicher Schwierigkeiten, ihres kulturellen Hintergrundes, ihres Bildungsniveaus oder aufgrund einer Erkrankung nicht ohne zusätzliche Unterstützung die erforderlichen Entscheidungen für ihr Kind fällen können.⁴²⁶ Der eingesetzte Beistand hat die Aufgabe, die Eltern bei zu fallenden Entscheidungen, die ihr krankes Kind betreffen, zu beraten und zu unterstützen. Er hat die Kompetenz, Informationen bei den behandelnden Ärzten einzuholen, Krankenakten einzusehen und im Bedarfsfall, sofern die Eltern dies nicht selbst tun, die Zustimmung zu medizinischen Behandlungen zu erteilen oder ärztliche Abklärungen in Auftrag zu geben. 3.34

C) Beschränkung der elterlichen Sorge (Art. 308 Abs. 3 ZGB)

a) Grundsätzliches

Ist eine konkurrierende Vertretungsmacht von Eltern und Beistand nicht ausreichend, um dem Kind den erforderlichen Schutz zu gewähren, ist die elterliche Sorge für konkret zu definierende Bereiche zu beschränken.⁴²⁷ Die Anordnung dieser Massnahme ist dann angezeigt, wenn davon auszugehen ist, dass die Eltern nicht mit dem Beistand kooperieren.⁴²⁸ Die punktuelle 3.35

⁴²⁴ HEGNAUER, Grundriss, Rz . 27.11 zu § 27; BIDERBOST, Erziehungsbeistandschaft, 284 ff.

⁴²⁵ Für eine Übersicht möglicher Anordnungen, GULER, Beistandschaft, 64 ff.

⁴²⁶ Zur Anordnung einer Beistandschaft für die Vertretung und Unterstützung in den Bereichen Erziehung, Schule und Gesundheit vgl. Urteil des BGer 5A_732/2014 vom 26. Februar 2015. Der zugrundeliegende Sachverhalt verdeutlicht wie wichtig die frühzeitige Wahrnehmung einer Gefährdungssituation durch Lehrpersonen sowie zugezogener Ärzten ist. Siehe dazu auch BIRCHLER, Instrumentarium, 20, 26 f.; BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 11 zu Art. 308 ZGB.

⁴²⁷ BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 20 zu Art. 308 ZGB. Die Beschränkung der elterlichen Sorge setzt einen klar definierten Tätigkeitsschwerpunkt des Beistandes voraus.

⁴²⁸ GULER, Beistandschaft, 51, 66.

Beschränkung der elterlichen Sorge führt nicht dazu, dass die Eltern aus ihrem Pflichtrecht zur Wahrung der Entwicklung und des Wohlergehens des Kindes entlassen werden. In den von der Einschränkung nicht betroffenen Bereichen der elterlichen Sorge bleiben sie vollumfänglich entscheidungs- und vertretungsberechtigt.⁴²⁹

b) Entzug der elterlichen Sorge in gesundheitlichen Belangen

- 3.36 Die Anordnung einer Beistandschaft mit Entzug der elterlichen Sorge in gesundheitlichen Belangen ist angezeigt, wenn die Eltern aus Vernachlässigung, Überforderung oder Uneinsichtigkeit nicht in der Lage sind oder sein wollen, für das gesundheitliche Wohlergehen des Kindes zu sorgen, und sie auch nicht zur Kooperation mit einem Beistand bereit sind.⁴³⁰ Auch bei Verwahrlosung und/oder massivem Entwicklungsrückstand der Kinder infolge elterlichen Versagens, wird in der Praxis eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 3 ZGB angeordnet.⁴³¹
- 3.37 Eltern, denen die elterliche Sorge in gesundheitlichen Belangen ihres Kindes entzogen wurde, sind nicht mehr berechtigt, ihre Zustimmung zu medizinischen Behandlungen zu erteilen oder Behandlungen, zu denen der Beistand seine Einwilligung erteilt hat, zu verweigern. Eine rechtsgültige Einwilligung des Beistandes verlangt eine vorgängige, umfassende, ärztliche Aufklärung der vertretungsberechtigten Person.⁴³² Mithin ist der behandelnde Arzt, abgesehen von der dringlichen Behandlung, lediglich dann berechtigt das Kind zu

⁴²⁹ Würde die Beschränkung des elterlichen Vertretungsrechts so weit greifen, dass die Eltern faktisch keine Ausübungsrechte gegenüber dem Kind haben, müsste die elterliche Sorge vollumfänglich entzogen werden (Art. 311 ZGB). Vgl. dazu Urteil des BGer 5C.207/2004 vom 26. November 2004 E. 3.1.2. f.; Urteil des BGer 5C.207/2004 vom 26. November 2004 E. 3.1.2.; ebenso Urteil des Obergerichts Zürich (LY110046-O/U) vom 15. März 2012 E 6.6; BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 20 zu Art. 308 ZGB.

⁴³⁰ Zur Beschränkung der elterlichen Sorge bezüglich medizinischer und therapeutischer Belange vgl. Urteil des Obergerichts Zürich (LY110046) vom 15. März 2012 E. 6.6 f. Durch die Beschränkung der elterlichen Sorge wurde die Stabilität in der medizinischen Behandlung der minderjährigen Patientin angestrebt. Die Eltern waren sich zeitweilig nicht einig oder deren Einwilligung in die Behandlung konnte nicht innerhalb einer angemessenen Reaktionszeit eingeholt werden. Die bis anhin errichtete Erziehungsbeistandschaft war nicht ausreichend, um die notwendige medizinische Behandlung der Patientin sicherzustellen. Gleichwohl erachtete es das Gericht als unverhältnismässig, das elterliche Vertretungsrecht vollumfänglich zu entziehen.

⁴³¹ Vgl. dazu Urteil des BGer 5A_478/2008 vom 20. August 2008 E. 2.2 f.

⁴³² Vgl. Art. 6 Abs. 4 Biomedizinkonvention.

behandeln, wenn der vorerwähnte Beistand seine Einwilligung in die Behandlung erteilt hat.⁴³³

Dem Beistand obliegt im Übrigen die schwierige Aufgabe, das Vertrauen der Eltern zu gewinnen und sie von der Notwendigkeit der medizinischen Behandlung zu überzeugen. So lange das urteilsunfähige Kind in der Obhut der Eltern bzw. eines sorgeberechtigten Elternteils ist, bedarf es ein Minimum an Kooperation, widrigenfalls der Beistand seinen zugeteilten Aufgaben nicht nachkommen kann.⁴³⁴ Der Beistand ist darauf angewiesen, dass sich die Eltern an vereinbarte Besprechungstermine halten, ihm über die gesundheitlichen Belange des Kindes Auskunft geben und seine Anweisungen befolgen. Ist es nicht möglich, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und kann die Kooperation der Eltern nicht erwirkt werden, dürfte es in den seltensten Fällen ausreichen, einen Beistand mit der Vertretung und Überwachung der gesundheitlichen Bedürfnisse des Kindes zu beauftragen. Bei hoher Gefährdungslage und hartnäckiger Uneinsichtigkeit der Eltern ist die Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 3 ZGB mit einem Entzug des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts zu kombinieren.⁴³⁵ 3.38

Die Informations- und Anhörungsrechte der Eltern werden auch bei einer Einschränkung bzw. einem Entzug der elterlichen Sorge grundsätzlich nicht obsolet. Konkret hat der eingesetzte Beistand bei nicht alltäglichen medizinischen Behandlungen – sofern genügend Zeit vorhanden ist – die Eltern über bevorstehende Eingriffe zu informieren und anzuhören. Bei alltäglichen oder dringlichen Eingriffen haben die Eltern ein nachträgliches Informationsrecht.⁴³⁶ Ebenso haben die Eltern Informationsrechte gegenüber dem behandelnden Arzt. In hochstrittigen Konfliktsituationen kann es sich indessen rechtfertigen, die elterlichen Informations- und Anhörungsrechte zum Wohl des Kindes einzuschränken.⁴³⁷ 3.39

⁴³³ Zur dringlichen Behandlung vgl. Ausführungen unter Rz. 2.13 f.

⁴³⁴ BIDERBOST, HandKomm, 356; HÄFELI, Grundriss Erwachsenenschutzrecht, 341.

⁴³⁵ Vgl. Urteil des Obergerichts Zürich (LY110046) vom 15. März 2012 E. 7.1 f.; Urteil des Obergerichts Thurgau (RBOG 2013 S. 121) vom 3. Juli 2013 E. 2b ff.; sowie auch Ausführungen unter Rz. 3.49.

⁴³⁶ Zur dringlichen Behandlung vgl. Ausführungen unter Rz. 2.13.

⁴³⁷ Zu Informations-, Anhörungs- und Auskunftsrechten des nicht sorgeberechtigten Elternteils vgl. Ausführungen unter Rz. 2.34 ff.

D) Einseitige Beschränkung des Vertretungsrechts in gesundheitlichen Fragestellungen

- 3.40 Wie in allen übrigen Belangen können sich Eltern auch hinsichtlich gesundheitlicher Fragestellungen oder medizinischer Behandlungen ihres Kindes uneinig sein. Durch die Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regel unabhängig vom Zivilstand der Eltern,⁴³⁸ ist davon auszugehen, dass Unstimmigkeiten der Eltern in Einzelfragen vermehrt auftreten. Dies allein aufgrund der Tatsache, dass es künftig zahlenmässig mehr getrenntlebende oder geschiedene Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge geben wird.
- 3.41 Der Gesetzgeber verzichtete darauf, im Rahmen der Revision abschliessend zu klären, ob einem Elternteil die alleinige Entscheidungsbefugnis für eine strittige Frage zugeteilt werden kann.⁴³⁹ Eine mögliche Rechtsgrundlage für die einseitige Beschränkung der elterlichen Sorge bezüglich einer strittigen Frage kann in Art. 308 Abs. 3 ZGB gesehen werden.⁴⁴⁰ Durch diese punktuelle Beschränkung der elterlichen Sorge kann einem Elternteil die Alleinsorge über eine gesundheitliche Fragestellung des Kindes übertragen werden.⁴⁴¹ Betreffend die übrigen Belange der elterlichen Sorge bleiben nach wie vor beide Elternteile vertretungsberechtigt.
- 3.42 Sinnvoll erscheint die einseitige Beschränkung des elterlichen Vertretungsrechts in folgenden Situationen:
- Die Uneinsichtigkeit hinsichtlich der Behandlungsbedürftigkeit des Kindes kommt ausschliesslich von einem Elternteil. In den übrigen Belangen der elterlichen Sorge besteht Einigkeit.
 - Der andere Elternteil ist einsichtig und bestrebt, die erforderlichen ärztlichen Behandlungen bzw. medizinischen Therapien des Kindes zu begleiten und zu unterstützen.
 - Ist die medizinische Behandlung engmaschig zu begleiten, (regelmässige Therapien/Spitalaufenthalte, Medikamente, etc.) sollte das Kind wenn immer möglich hauptsächlich bei demjenigen Elternteil untergebracht sein, dem das elterliche Vertretungsrecht in medizinischen Belangen zusteht.

⁴³⁸ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.5 und Rz. 2.31 f.

⁴³⁹ FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, 892, 899 ff. mit Verweis auf § 1628 BGB. Diese Bestimmung sieht explizit vor, dass das Gericht bei Unstimmigkeit in einer Einzelfrage einem Elternteil das diesbezügliche Entscheidungsrecht übertragen kann.

⁴⁴⁰ BIDERBOST, HandKomm, N 22 zu Art. 308 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 17.128, drittes Lemma.

⁴⁴¹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 17.128, drittes Lemma.

- Die medizinische Behandlung oder Therapie muss sich klar von anderen Fragestellungen der elterlichen Sorge abgrenzen lassen.

Ungeeignet und der Situation nicht förderlich ist die einseitige Beschränkung der elterlichen Sorge in gesundheitlichen Belangen, sofern davon auszugehen ist oder sich zu einem späteren Zeitpunkt zeigt, 3.43

- dass die gesundheitliche Situation des Kindes immer wieder neue, weitreichendere Fragen aufwirft, die nicht nur gesundheitliche Aspekte des Kindes treffen, sondern auch Entscheidungen erfordern, die die Bereiche der (religiösen) Erziehung, der schulischen Bildung, der Ausbildung, der Bestimmung des Aufenthaltsortes etc. treffen,
- dass die Beschränkung der elterlichen Sorge zu zusätzlichen Konflikten zwischen den beiden Elternteilen führt, die Konflikte insbesondere diejenigen Belange treffen, in denen beide Elternteile vertretungsberechtigt sind und dies letztlich zu einer Gefährdung des Kindeswohls führt.⁴⁴²

Die einseitige Beschränkung der elterlichen Sorge in einer Einzelfrage setzt im Vergleich zum vollständigen Entzug der elterlichen Sorge ein noch vertiefteres Eingehen auf die Uneinigkeit der Eltern voraus. Zunächst ist herauszufiltern, ob der Konflikt lediglich auf einer Einzelfrage beruht. Dann bedarf es der Klärung, ob ein gewisses Mass an Kooperationsbereitschaft unter den Eltern besteht. Ob Gerichte und Behörden diesen Mehraufwand aufbringen, ist fraglich.⁴⁴³ Im Übrigen verlangt die einseitige Beschränkung der elterlichen Sorge nach einer klaren Regelung des Informations- und Auskunftsrechtes zwischen den beiden Elternteilen. Dies, da auch demjenigen Elternteil, dem die elterliche Sorge in gesundheitlichen Fragestellungen entzogen wurde, ein Auskunfts- und Anhörungsrecht gegenüber dem anderen Elternteil sowie dem Arzt zusteht.⁴⁴⁴ In hochstrittigen Verhältnissen ist es möglicherweise angezeigt, dieses Auskunfts- und Anhörungsrecht im Interesse und zum Wohl des Kindes einzuschränken. Derartige Einschränkungen bedürfen konkreter Anordnungen im Entscheiddispositiv (vgl. Art. 314 Abs. 3 ZGB) der KESB oder des Gerichts. Ebenso bedarf es klarer Anweisungen gegenüber dem behandelnden Arzt bzw. dem medizinischen Betreuungspersonal. 3.44

⁴⁴² Vgl. dazu auch FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, 892, 899 ff.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 17.128.

⁴⁴³ Vgl. dazu auch FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, 892, 899 ff.

⁴⁴⁴ Vgl. Ausführungen unter Rz. 2.34 ff.

3. Die Aufhebung des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts (Art. 310 ZGB)

A) Grundsätzliches

- 3.45 Durch die Aufhebung des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts nach Art. 310 ZGB verlieren die Eltern das Recht, mit dem Kind in Gemeinschaft zu leben.⁴⁴⁵ In allen übrigen Bereichen, die unabhängig von der Frage des Aufenthaltsortes stehen, behalten die Eltern die elterliche Entscheidungsbefugnis.⁴⁴⁶ Im Vergleich zu den vorangehend erörterten Kinderschutzmassnahmen, ist der Entzug des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts zwingend mit einer Fremdplatzierung des Kindes in einer geeigneten stationären Einrichtung oder Pflegefamilie verbunden. Diese Kinderschutzmassnahme beinhaltet sowohl für die Eltern als auch das betroffene Kind einen empfindlichen Eingriff in das Recht auf Privat- und Familienleben (Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 Abs. 1 EMRK)⁴⁴⁷ und sollte daher nur nach sorgfältiger fachkundiger Abklärung angeordnet werden.⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 17.159; BÜCHLER/VETTERLI, 249.

⁴⁴⁶ BGE 136 III 353 E. 3.2; BIDERBOST, HandKomm, N 8 zu Art. 310 ZGB.

⁴⁴⁷ BÜCHLER/VETTERLI, 249; BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 3 zu Art. 310 ZGB; HAEFELI, Wegleitung, 145; SCHNYDER/RYSER, 623, 624 ff., zur Frage, ob Art. 310 ZGB den Eingriffsvoraussetzungen für einen solch schweren Eingriff in die Elternrechte genügt.

⁴⁴⁸ BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 4 zu Art. 310 ZGB, empfehlenswert ist eine interdisziplinäre Abklärung durch Kinderpsychiater, Sozialarbeiter, Kinderarzt, etc. Eine Platzierung/Umplatzierung beinhaltet eine nicht zu unterschätzende Stressphase für Eltern und Kind. Tragisches Beispiel hierfür ist das Tötungsdelikt in Flaach (ZH) im Januar 2015. In diesem Fall tötete eine Mutter ihre beiden Kinder, da sie vermutlich verhindern wollte, dass diese zurück in das Heim müssen. Vgl. Tagesanzeiger.ch, Dossier: Der Fall Flaach, <http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/dossier2.html?dossier_id=2926> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

B) Aufhebung des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts zum Schutz der gesundheitlichen Bedürfnisse des Kindes

a) Differenzierung zwischen kürzeren und längeren ärztlichen Abklärungen und Behandlungen

Der Schutz der gesundheitlichen Bedürfnisse des Kindes ist nicht selten mit dem Erfordernis einer ärztlichen Abklärung, Untersuchung, Behandlung oder Therapie in einer Klinik oder einem Spital verbunden. Können sich die Eltern mit diesem Vorgehen nicht einverstanden erklären, muss das elterliche Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen werden. Während eine *kurze* und zeitlich begrenzte Abklärung bei einem Arzt oder in einem Spital auf Basis einer Weisung nach Art. 307 ZGB durchgeführt werden kann,⁴⁴⁹ ist für eine *längere* oder unbefristete Abklärung der Entzug des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts nach Art. 310 ZGB vorausgesetzt. 3.46

Anhand der Differenzierung zwischen einer *kurzen und längeren Abklärung* ist nicht geklärt, ab welchem voraussichtlichen Zeitrahmen eine Weisung nach Art. 307 ZGB ausreichend ist und wann ein Entzug des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts erforderlich wird.⁴⁵⁰ 3.47

Sinnvoll erscheint es, eine Beurteilung nach den gesamten Umständen des Einzelfalles vorzunehmen und nicht lediglich auf zeitliche Kriterien (wenige Stunden, halbe Tage oder eine Nacht, etc.) abzustellen. Ist beispielsweise die Gefährdung des Kindeswohls von hoher Intensität und derart eng mit dem Aufenthaltsort des Kindes verbunden, dass eine kurzfristig absehbare Rückverlegung des Kindes in die Familiengemeinschaft nicht in Erwägung zu ziehen ist, spricht vieles für den Entzug des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts nach Art. 310 ZGB. Ebenso ist zu entscheiden, wenn davon auszugehen ist, dass die Gefährdung durch die vorgesehene medizinische Abklärung/Untersuchung allein nicht behoben werden kann, sondern weitere Untersuchungen und Behandlungen erforderlich sein werden und die Kooperationsbereitschaft der Eltern fehlt. 3.48

⁴⁴⁹ Urteil des BGer 5C.202/2002 vom 18. November 2002 E. 1.2; LUSTENBERGER, 34 f.; BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 3 zu Art. 314b ZGB; HENKEL, 88; a.M. HEGNAUER, Grundriss, 207.

⁴⁵⁰ Vgl. dazu BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 3 zu Art. 314b ZGB, der davon ausgeht, dass lediglich Abklärungen von wenigen Stunden auf Basis von Art. 307 ZGB durchgeführt werden können.

b) Begleitende Massnahmen

- 3.49 Durch den Entzug des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts allein können die erforderlichen medizinischen Abklärungen, Behandlungen oder Therapien nicht durchgeführt werden. Bei fehlender Kooperationsbereitschaft der Eltern ist daher in der Regel gleichzeitig das elterliche Vertretungsrecht in gesundheitlichen Belangen zu entziehen und eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 3 ZGB anzuordnen.

c) Abgrenzung zur fürsorgerischen Unterbringung von Minderjährigen

- 3.50 Für Säuglinge, Kleinkinder und Kinder bis zum Schuleintritt existieren keine freiheitsentziehenden Institutionen. Deshalb findet bei dieser Gruppe von Minderjährigen das Verfahren der fürsorgerischen Unterbringung keine Anwendung.⁴⁵¹ Bei Kindern ab Schuleintritt ist hingegen strittig, ob bei einer Platzierung in einem Spital, einer Klinik oder einem Heim, welche auch geschlossene Abteilungen führen, die Entziehung des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts nach Art. 310 ZGB anzuordnen ist oder ob die Regelungen der fürsorgerischen Unterbringung nach Art. 314b Abs. 1 ZGB (vormals: fürsorgerische Freiheitsentziehung) zur Anwendung gelangen.⁴⁵²
- 3.51 Nach Art. 314b Abs. 1 ZGB sind «die Bestimmungen des Erwachsenenschutzes über die fürsorgerische Unterbringung sinngemäss anwendbar», wenn ein Kind in eine «geschlossene Einrichtung» oder in eine «psychiatrische Klinik» eingewiesen werden muss. Wie sich sogleich zeigen wird, wirft die «sinngemässe Anwendung» der erwähnten Bestimmungen des Erwachsenenschutzrechts verschiedene Fragen auf. Fraglich ist insbesondere, wie der Begriff der geschlossenen Einrichtung nach Art. 314b ZGB auszulegen ist. Klärungsbedürftig ist des Weiteren, ob bei einer fürsorgerischen Unterbringung eines Minderjährigen zugleich das elterliche Aufenthaltsbestimmungsrechts nach Art. 310 ZGB zu entziehen ist. Sind im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung eines Minderjährigen medizinische Massnahmen erforderlich, ergeben sich Fragen zu Vertretungsentscheidungen.

⁴⁵¹ LUSTENBERGER, 97; GULER, Obhut, 121, 131; BIRCHLER, Fürsorgerische Unterbringung, 141, 146, welche darauf hinweist, dass die Anwendung von Art. 310 ZGB die spezifische kindesrechtliche Gefährdungslage erfordert, währenddessen bei der fürsorgerischen Unterbringung im Sinne von Art. 314b ZGB i.V.m. Art. 426 ZGB eine psychische Störung oder geistige Behinderung vorausgesetzt wird.

⁴⁵² Vgl. dazu HAEFELI, Wegleitung, 149 f. mit Hinweis auf die unterschiedliche (altrechtliche) Auslegung des Anstaltsbegriffes durch kantonale Instanzen.

- Zum Begriff der «geschlossenen Einrichtung»

Zunächst ist unklar, ob der neu verwendete Begriff der «geschlossenen Einrichtung» nach Art. 314b ZGB mit dem früheren Anstaltsbegriff gleichzusetzen oder ob er möglicherweise enger zu fassen ist.⁴⁵³ 3.52

In der Lehre wird der Begriff unterschiedlich ausgelegt. Die eine Lehrmeinung umschreibt die «geschlossene Einrichtung» eng, als Institution, in der sich Minderjährige «wesentlich grösseren Einschränkungen, namentlich der Bewegungsfreiheit ausserhalb der Institution, zu unterziehen haben, als es ein Zusammenleben in Heimen» üblicherweise mit sich bringt.⁴⁵⁴ Andere Autoren definieren den Begriff der «geschlossenen Einrichtung» weiter und gehen davon aus, dass sich der Begriff mit dem früheren Anstaltsbegriff deckt.⁴⁵⁵ Demgemäss müssten unter der «geschlossenen Einrichtung» all jene Institutionen eingeordnet werden, «welche die Bewegungsfreiheit der betroffenen Kinder stärker beschränken als dies bei Altersgenossen, die in einer Familie oder einer Pflegefamilie aufwachsen, üblicherweise der Fall ist».⁴⁵⁶ Da davon auszugehen ist, dass Bewegungsfreiheit in einem Kinder- oder Jugendheim in der Regel stärker eingeschränkt ist, als in einer Familie oder Pflegefamilie, müsste – den Überlegungen der Autoren folgend – die Einweisung in ein Kinder- oder Jugendheim als fürsorgerische Unterbringung gewertet werden.⁴⁵⁷

Nach der hier vertretenen Ansicht erscheint der eng umschriebene Begriff der «geschlossenen Einrichtung» geeigneter. Hätte der Gesetzgeber am weit umschriebenen Anstaltsbegriff und dem verstärkten Rechtsschutz festhalten 3.53

⁴⁵³ Nach BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 5 zu Art. 314b ZGB macht es wenig Sinn, die Differenzierung zwischen einem Entzug des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts und der fürsorgerischen Unterbringung allein terminologisch nach dem Begriff der «geschlossenen Einrichtung» vorzunehmen. Vielmehr sollte die Qualifikation in jedem Einzelfall anhand der konkreten behördlichen oder ärztlichen Anordnung bzw. der in Aussicht gestellten Behandlungen vorgenommen werden.

⁴⁵⁴ BERNHART, Rz. 245; BIDERBOST, HandKomm, N 2 zu Art. 314b ZGB; BIRCHLER, Fürsorgerische Unterbringung, 141, 144.

⁴⁵⁵ COTTIER, FamKomm Erwachsenenschutz, N 3 ff. zu Art. 314b ZGB; ROSCH, Fürsorgerische Unterbringung, 505, 514; COTTIER/STECK, 981, 998.

⁴⁵⁶ Zur altrechtlichen Auslegung des Anstaltsbegriffes: BGE 121 III 306 E. 2b; m.w.H. LUSTENBERGER, 80 ff.; COTTIER/STECK, 981, 998.

⁴⁵⁷ Vgl. dazu Urteil des BGer 5A_665/2014 vom 23. Dezember 2014 E. 2.3.2. f. mit Hinweisen und Konsequenzen einer weiten und engen Auslegung des Anstaltsbegriffes. Wie bereits festgehalten, lässt das Bundesgericht die Frage offen. Dies, da sich die Beschwerdeführerin in guten Treuen auf die in der Rechtsmittelbelehrung genannte Frist von 30 Tagen, welche auf den Entzug des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts hindeuten würde, verlassen durfte.

wollen, ist nicht einzusehen, weshalb er zusätzlich den Begriff «geschlossen» verwendet. Die Diskussion um die weite oder enge Auslegung des Begriffs der «geschlossenen Einrichtung» ist jedoch wenig zielführend. Es gibt eine Vielfalt von Einrichtungen, Kliniken oder Schul- und Jugendheimen, die Minderjährige mit den unterschiedlichsten Problemen⁴⁵⁸ aufnehmen und daher sinnvollerweise Abteilungen mit unterschiedlicher Einschränkung der Bewegungsfreiheit führen. Anhand der Einweisung in eine spezifische Klinik kann daher in der Regel nicht abschliessend beurteilt werden, ob diese als «geschlossene Einrichtung» im Sinne von Art. 314b Abs. 1 ZGB einzustufen ist und gegebenenfalls die Regelungen der fürsorgerischen Unterbringung zur Anwendung gelangen.

- 3.54 Zentral sind vielmehr die durch die Unterbringung angestrebte Zielsetzung und der vorgesehene Behandlungsplan. So stehen bei der Anordnung einer fürsorgerischen Unterbringung die besondere Schutzbedürftigkeit infolge eines Schwächezustandes (psychische Störung, geistige Behinderung, schwere Verwahrlosung) und die durch die Behandlung einhergehende Einschränkung der Bewegungsfreiheit der betroffenen Person im Vordergrund.⁴⁵⁹ Geht es demgegenüber bei einer Fremdplatzierung in einem Kinder- oder Jugendheim vorwiegend um die Entlastung der familiären Situation oder um eine medizinische Behandlung oder eine ärztliche Abklärung, bei der nicht psychiatrische Aspekte im Vordergrund stehen und liegen die Ursachen für die Probleme weniger in der Person des Kindes, sondern vielmehr in seiner familiären Umgebung,⁴⁶⁰ ist nicht von einer fürsorgerischen Unterbringung nach Art. 426 ff. ZGB auszugehen.⁴⁶¹

- Einweisungsvoraussetzungen

- 3.55 Unklar ist des Weiteren, ob bei einer fürsorgerischen Unterbringung eines Minderjährigen nach Art. 314b Abs. 1 ZGB zugleich des elterliche Aufenthaltsbestimmungsrechts nach Art. 310 ZGB zu entziehen ist oder ob allein die spezialgesetzlichen Voraussetzungen der fürsorgerischen Unterbringung nach Art. 426 ff. ZGB zur Anwendung gelangen.⁴⁶²

⁴⁵⁸ Die Bandbreite reicht von Vernachlässigungen in der Familie, Erziehungsproblemen, Suchtproblematiken bis hin zu schwerwiegenderen psychischen Störungen.

⁴⁵⁹ Vgl. dazu GEISER/ETZENSBERGER, BSK ZGB I, N 8 f. zu Art. 426 f. ZGB.

⁴⁶⁰ Vgl. dazu BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 12 f. zu Art. 310 ZGB.

⁴⁶¹ So auch BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 5 zu Art. 314b ZGB; vgl. auch Beschluss des Obergerichts Zürich (PA 130002) vom 26. Februar 2013 E. 3.4 und 3.5.

⁴⁶² Zur Abgrenzung vgl. auch CHOFFAT, 68, 91 ff.

Der Verweis in Art. 314b ZGB bezieht sich primär auf die Verfahrensbestimmungen der fürsorgerischen Unterbringung.⁴⁶³ Die materiellen Voraussetzungen der fürsorgerischen Unterbringung eines Minderjährigen werden demgegenüber durch Art. 310 ZGB festgelegt.⁴⁶⁴ Dies wiederum hätte streng genommen zur Folge, dass ein Kind ab Schuleintritt nicht wie ein Erwachsener von einem Arzt (vgl. Art. 429 ZGB), sondern lediglich von der KESB in eine geschlossene Einrichtung oder eine psychiatrische Klinik eingewiesen werden könnte. Da jedoch nicht alle kantonalen KESB über einen Pikettdienst verfügen,⁴⁶⁵ ist es sachgerecht, eine ärztliche Einweisungszuständigkeit bei psychischen Störungen von Unmündigen zuzulassen. Andernfalls wären Erwachsene besser geschützt, da sie schneller eingewiesen werden könnten.⁴⁶⁶

3.56

- Wer entscheidet über psychiatrische Behandlungen urteilsunfähiger Minderjähriger?

Die sinngemässe Anwendung der Bestimmungen über die fürsorgerische Unterbringung hätte zur Folge, dass der Chefarzt bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 434 Abs. 1 ZGB,⁴⁶⁷ ohne Einbezug der Eltern eine medizinische Massnahme anordnen könnte (Art. 380 ZGB i.V.m. Art. 434 ZGB). Diese Schlussfolgerung ist stossend. Ziel der Verweisungsnorm von Art. 314b ZGB war, eine Einheitlichkeit hinsichtlich der Verfahrensbestimmungen zu erreichen, nicht jedoch die Rechte der Eltern einzuschränken.⁴⁶⁸ Genau dies wäre jedoch bei einer sinngemässen Anwendung von Art. 434 ZGB der Fall. Bei fehlender Zustimmung der sorgeberechtigten Eltern wäre der Chefarzt allein berechtigt, über medizinische Massnahmen zu entscheiden. Um die elterlichen Vertretungsrechte zu wahren, darf Art. 434 Abs. 1 ZGB bei der Behandlung urteilsunfähiger Minderjähriger daher

3.57

⁴⁶³ Dies ergibt sich aus den Materialien, vgl. dazu Botschaft Erwachsenenschutz, 7001, 7102.

⁴⁶⁴ Botschaft Erwachsenenschutz, 7001, 7102; Urteil des BGer 5A_188/2013 vom 17. Mai 2013 E. 3; Beschluss des Obergerichts Zürich (PA 130008) vom 27. März 2013 E. 2.2.; BIRCHLER, Fürsorgerische Unterbringung, 141, 146 f.

⁴⁶⁵ Vgl. Ausführungen unter Rz. 3.89 f.

⁴⁶⁶ So auch BIRCHLER, Fürsorgliche Unterbringung, 141, 147; BIDERBOST, HandKomm, N 3 zu Art. 314b ZGB; BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 4 zu Art. 314b ZGB; COTTIER, FamKomm Erwachsenenschutz, N 9 zu Art. 314b ZGB; a.M. ROSCH, Fürsorgerische Unterbringung, 505, 514.

⁴⁶⁷ Vorausgesetzt ist beispielsweise die fehlende Zustimmung der betroffenen Person. Hiervon ist naheliegenderweise bei einer urteilsunfähigen Person auszugehen.

⁴⁶⁸ Botschaft Erwachsenenschutz, 7001, 7102.

keine Anwendung finden.⁴⁶⁹ Bei Unstimmigkeit zwischen Eltern und behandelndem Arzt gelten nach wie vor die allgemeinen Vertretungsrechte, weshalb – abgesehen von der dringlichen Behandlung – die KESB für eine stellvertretende Einwilligung einzubeziehen ist.⁴⁷⁰

4. Der Entzug der elterlichen Sorge (Art. 311 ZGB)

A) Voraussetzungen

- 3.58 Ein Entzug der elterlichen Sorge⁴⁷¹ ist nur zulässig, wenn dies zur Wahrung der Interessen des Kindes erforderlich ist.⁴⁷² In den übrigen Fällen, hat sich das Gericht bzw. die KESB – dem Subsidiaritätsprinzip folgend – auf die Regelung des Aufenthaltsortes oder die Unterstützung in der Betreuung des Kindes zu konzentrieren.⁴⁷³ Der Entzug der elterlichen Sorge beinhaltet sowohl für die Eltern als auch die betroffenen Kinder einen einschneidenden Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens.⁴⁷⁴ Die Massnahme ist nur auszusprechen, wenn die Eltern umfassend, auf Dauer (und nicht absehbar nur vorübergehend) nicht in der Lage sind, ihren elterlichen Verpflichtungen

⁴⁶⁹ So auch ROSCH, Fürsorgerische Unterbringung, 505, 515; COTTIER, FamKomm Erwachsenenschutz, N 15 zu Art. 314b ZGB; allgemein kritisch zum Vorbehalt von Art. 380 ZGB: FANKHAUSER, Gesetzliche Vertretungsbefugnis, 240, 253 f.

⁴⁷⁰ Zur dringenden Behandlung vgl. Ausführungen unter Rz. 2.13.

⁴⁷¹ Zur gemeinsamen elterlichen Sorge unabhängig vom Zivilstand der Eltern und den Konsequenzen im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen von Kindern vgl. Ausführungen unter Rz. 2.31 ff.

⁴⁷² Die Zuteilung der elterlichen Sorge erfolgt in einem Scheidungs- oder Trennungsverfahren durch das Gericht (Art. 298 Abs. 1 ZGB) und in allen übrigen Fällen durch die KESB (Art. 298b Abs. 2 ZGB, Art. 298d Abs. 1 ZGB).

⁴⁷³ Art. 298 Abs. 2 ZGB und Art. 298d Abs. 2 ZGB; Botschaft gemeinsame elterliche Sorge, 9077, 9103.

⁴⁷⁴ Zum Entzug der elterlichen Sorge, der dem Verlust eines elementaren Persönlichkeitsrechts gleichkommt vgl. Urteil des BGer 5C.207/2004 vom 26. November 2004 E. 3.2.1. f. Fehlen Anhaltspunkte, dass der Entzug der elterlichen Sorge zu einem besseren Zustand als die bisherigen angeordneten Kinderschutzmassnahmen führen, besteht kein Raum für den Entzug der elterlichen Sorge. Hiervon ist selbst bei fehlendem persönlichem Kontakt der Mutter zu ihrem Kind und Anzeichen für eine erzieherische Überforderung der Mutter auszugehen.

nachzukommen (sog. objektive Unfähigkeit)⁴⁷⁵ oder grobe Pflichtverletzungen gegenüber dem Kind eingetreten sind (Art. 311 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB).⁴⁷⁶ Ebenso ist ein vollumfänglicher Entzug der elterlichen Sorge angezeigt, wenn es Hinweise dafür gibt, dass bei Anordnung milderer Massnahmen die verbleibenden Restbefugnisse der elterlichen Sorge nach wie vor eine Gefährdung des Kindes zur Folge haben.⁴⁷⁷

Die Problematik dieser abstrakten Begründungskriterien, denen ohne Zweifel 3.59
zuzustimmen ist, besteht in der Praxis darin, zu konkretisieren und festzulegen, wann die wesentlichen Grundlagen für eine gemeinsame Elternverantwortung nicht mehr vorliegen.⁴⁷⁸ So stellen sich etwa die Fragen, welche Pflichtverletzungen und wie lange diese vorzuliegen haben, um von einer Gefährdung des Kindeswohls auszugehen. Wie viel Unstimmigkeiten und vor den Kindern offen ausgetragenen Konflikten sind noch mit der gemeinsamen elterlichen Sorge vereinbar? Worin muss das Mindestmass an Kooperation unter den Eltern bestehen, um noch davon ausgehen zu können, dass diese in der Lage sind, ihrer Elternverantwortung nachzukommen?

Bei beidseitigem Entzug der elterlichen Sorge, steht es in der Pflicht des 3.60
eingesetzten Vormundes, das Kind zu vertreten, beim urteilsfähigen Kind nötigenfalls seine Zustimmung zu einem Behandlungsvertrag zu erteilen, die beschriebenen Partizipationsrechte des Kindes zu wahren und die Informations-

⁴⁷⁵ Nach Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB kann das Unvermögen aus «Unerfahrenheit, Krankheit, Gebrechen, Abwesenheit, Gewalttätigkeit oder ähnlichen Gründen» resultieren. Dies ist beispielsweise der Fall bei psychischen Erkrankungen der Eltern, Suchtproblematiken, Abwesenheit oder einem Landesverweis, vgl. dazu BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 7 ff. zu Art. 311/312 ZGB; mit Einführung der Gesetzesrevision zur gemeinsamen elterlichen Sorge wurde neu die *Gewalttätigkeit* als Grund aufgeführt, der die KESB ermächtigt, dem gewalttätigen Elternteil die elterliche Sorge zu entziehen. M.w.H. Botschaft gemeinsame elterliche Sorge, 9077, 9109.

⁴⁷⁶ BIDERBOST, HandKomm, N 2 zu Art. 311-312 ZGB. Die Verschuldensfrage ist insgesamt unerheblich. Siehe auch BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 3 ff. Art. 311/312 ZGB.

⁴⁷⁷ Selbst wenn Anhaltspunkte vorliegen, wonach ein Elternteil überfordert ist, sich um die Restbefugnisse der elterlichen Sorge zu kümmern, ist es für das Bundesgericht ungerechtfertigt, die elterliche Sorge vollumfänglich zu entziehen. Relevant ist vielmehr das Gefährdungspotential beim betroffenen Kind bei Belassen von Restbefugnissen der elterlichen Sorge. Vgl. dazu Urteil des BGer 5C.207/2004 vom 26. November 2004 E. 3.2.1.

⁴⁷⁸ FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, 892, 894 ff., welche zur Ansicht gelangen, dass im Zweifelsfall die Zuweisung der elterlichen Sorge an einen Elternteil gegenüber dem beidseitigen Entzug der elterlichen Sorge der Vorzug zu geben ist.

und Anhörungsrechte gegenüber den Eltern (ohne elterliche Sorge) einzuhalten.⁴⁷⁹

B) Beschränkung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil

- 3.61 Insbesondere seit dem Inkrafttreten der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regel⁴⁸⁰ wird sich vermehrt die Frage stellen, ob die eben dargelegten Voraussetzungen eines Sorgerechtsentzugs gleichermaßen vorliegen, oder ob auch nur das Sorgerecht eines Elternteils aufgehoben werden könnte.⁴⁸¹ Diese Frage kann sich beispielsweise dann aufdrängen, wenn nur ein Elternteil pflichtvergessen handelt, die spezifische, medizinische Behandlung aber die Kooperation beider Elternteile voraussetzt. Denkbar ist auch, dass sich die Eltern bei mehreren Behandlungsalternativen, die sich gegenseitig ausschließen, nicht einigen können.⁴⁸²
- 3.62 Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass nicht jede Uneinigkeit unter den Eltern zu einem Entzug des elterlichen Sorgerechts führen darf.⁴⁸³ Ein behördliches oder gerichtliches Eingreifen rechtfertigt sich erst dann, wenn die Uneinigkeit der Eltern zu einer Gefährdung des Kindeswohls führt.⁴⁸⁴ Können sich die Eltern hinsichtlich gesundheitlicher Fragestellungen oder einer medizinischen Behandlung ihres Kindes nicht einigen, ist zu prüfen, ob sich die Beschränkung der elterlichen Sorge lediglich punktuell, mit Bezug auf einen konkreten Entscheid aufdrängt (Art. 308 Abs. 3 ZGB)⁴⁸⁵ oder ob es sich

⁴⁷⁹ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.38 ff. und Rz. 2.34 ff.

⁴⁸⁰ Vgl. Ausführungen unter Rz. 2.31 ff.

⁴⁸¹ Vgl. dazu BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 12 zu Art. 311/312 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 17.88.

⁴⁸² Wird einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge übertragen, sind gegenüber dem anderen Elternteil nach wie vor Rechte zu berücksichtigen. So verbleibt dem Elternteil ohne elterliche Sorge ein Informations- und Anhörungsrecht durch den anderen Elternteil bzw. den behandelnden Arzt. Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.34 ff.

⁴⁸³ Vgl. dazu Urteil des BGer 5A_923/2014 vom 27. August 2015 E. 4.3; streitig ist allerdings, welche Voraussetzungen für die Zuteilung der Alleinsorge vorzuliegen haben. Nach der Botschaft gemeinsame elterliche Sorge, ist die Zuteilung der Alleinsorge nur möglich, wenn die Voraussetzungen für den Entzug der elterlichen Sorge geben sind. Vgl. Botschaft gemeinsame elterliche Sorge, 9077, 9078. Nach dem Wortlaut von Art. 298d Abs. 1 ZGB kann die Alleinsorge angeordnet werden, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist. Vgl. dazu GEISER, 1099, 1104 f.

⁴⁸⁴ FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, 892, 894 ff.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, Rz. 17.87 f. und Rz. 17.126 ff.

⁴⁸⁵ Vgl. Ausführungen unter Rz. 3.40 ff.

angesichts des Konfliktverhaltens der Eltern als sinnvoller erweist, dem einen Elternteil das Sorgerecht gesamthaft zu entziehen.

5. Fazit und Stellungnahme

Während die Kinderschutzmassnahmen nach Art. 307 und Art. 308 ZGB noch als Unterstützung und Begleitung der Eltern gedacht sind, greifen die Aufhebung des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts, der Entzug des elterlichen Vertretungsrechts in medizinischen Belangen oder der vollumfängliche Entzug der elterlichen Sorge massiv in die elterlichen Bestimmungsrechte ein. Die letztgenannten Massnahmen vermögen in der Regel den unmittelbaren Schutz der betroffenen Kinder zu gewährleisten, trotzdem werden sie nie eine gleichwertige Alternative zu «guter Elternschaft» sein.⁴⁸⁶ Das zivilrechtliche Kinderschutzsystem sollte aus diesem Grund zu einem wesentlichen Teil darauf fokussiert sein, frühzeitig und professionell und mit mildereren Massnahmen zu agieren. Um frühzeitig reagieren zu können, ist die KESB wesentlich auf Hinweise von Kinderärzten, Lehrpersonen, Ansprechpersonen aus der freiwilligen Kindes- und Jugendhilfe, spitalinternen Kinderschutzgruppen etc. angewiesen.⁴⁸⁷ Ist ein Kinderschutzverfahren hängig, geht es neben dem Schutz des Kindes auch um den Einbezug der Eltern. Wenn immer möglich, sollte eine Kooperation bzw. mindestens ansatzweise das Verständnis der Eltern angestrebt werden. Ferner sind die anzuordnenden Massnahmen so gut als möglich auf den jeweiligen Fall zuzuschneiden und an veränderte Rahmenbedingungen anzupassen. Insbesondere bei getrennt lebenden Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge kann es angezeigt sein, eine einseitige punktuelle Beschränkung der elterlichen Sorge anzuordnen. Dies hat nicht nur den Vorteil, dass der betroffene Elternteil in den übrigen Belangen der elterlichen Sorge zusammen mit dem anderen Elternteil vertretungsberechtigt bleibt, vielmehr kann auch auf die Anordnung einer Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 3 ZGB verzichtet werden. 3.63

Besonders zu berücksichtigen sind des Weiteren die Veto- und Partizipationsrechte von Kindern sowie die Informations- und Anhörungsrechte der Eltern. Muss ein Kind in eine gesundheitliche Institution eingewiesen werden, ergeben sich Abgrenzungsfragen hinsichtlich der hierfür anzuordnenden Kinderschutzmassnahme. Während für kürzere und zeitlich begrenzte Abklärungen eine Weisung nach Art. 307 ZGB ausreichend sein kann, sind für längere und in der Regel unbefristete Anordnungen, der Entzug des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts nach Art. 310 ZGB bzw. die fürsorgerischen Unterbringung nach Art. 314b Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 426 ff. ZGB anzuordnen. 3.64

⁴⁸⁶ So auch HEGNAUER, Kindesrecht, 25.

⁴⁸⁷ Vgl. dazu die Ausführungen zu den ärztlichen Melderechten und Meldepflichten Rz. 4.11 ff.

Wie sich gezeigt hat, wirft die «sinngemässe Anwendung» der Bestimmungen der fürsorglichen Unterbringung im Kindesschutzverfahren verschiedene Fragen auf.

- 3.65 Um den Anforderungen einer frühzeitigen und dem Einzelfall angepassten Intervention nachzukommen, ist die im Zuge der Revision des Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes eingeführte Fachkompetenz der KESB, unabdingbar.⁴⁸⁸ Werden Behördenmitglieder fallbezogen zugezogen, um spezifisches Fachwissen in die Beurteilung einzubringen, müssen diese in einer gewissen Regelmässigkeit tagen, um sich praktisches Fallwissen anzueignen.⁴⁸⁹ Neben der Fachkompetenz ist von ganz wesentlicher Bedeutung, dass die KESB über die nötigen personellen und vor allem auch zeitlichen Ressourcen verfügt, um die Fälle in einem angemessenen Zeitrahmen zu bearbeiten.⁴⁹⁰ Ob diese hohen Anforderungen durch die, den Kantonen überlassene Organisationsfreiheit (Wahl der Fachkompetenzen, Milizsystem/Berufssystem, freie Festlegung der Spruchbehörde, Verfügbarkeit)⁴⁹¹ erfüllt werden können, ist fraglich.⁴⁹²

⁴⁸⁸ Art. 440 Abs. 1 ZGB schreibt eine Fachbehörde vor, ohne näher zu konkretisieren, welche Fachkenntnisse in der Behörde vertreten sein sollten. Nach den Materialien sollte ein Jurist für die konkrete Rechtsanwendung verantwortlich sein. Daneben sollten Personen mit einer psychologischen, sozialen, pädagogischen, treuhänderischen, versicherungsrechtlichen oder medizinischen Ausbildung fallbezogen mitwirken. Vgl. Botschaft Erwachsenenschutz, 7001, 7073.

⁴⁸⁹ Vgl. dazu HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Erwachsenenschutzrecht, 13 f., welche wenigstens ein 30% Pensum der einzelnen Behördenmitglieder fordern.

⁴⁹⁰ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 4.33.

⁴⁹¹ Botschaft Erwachsenenschutz, 7001, 7073; zur Fachkenntnis und Organisation der KESB vgl. auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Erwachsenenschutzrecht, 14 f. Der Gesetzgeber wagte es aus vorwiegend politischen Gründen nicht, den Kantonen eine einheitliche Behördenorganisation vorzuschreiben. Im Gesetzgebungsverfahren bestanden Bestrebungen, interdisziplinäre Fachgerichte vorzuschreiben. Dieses Bestreben wurde nicht umgesetzt. Vgl. dazu auch Botschaft Erwachsenenschutz, 7001, 7004.

⁴⁹² Zum Aufgabenspektrum, der Interdisziplinarität und den Mehrfachfunktionen der KESB vgl. DÖRFLINGER, 98 ff.

IV. Verfahrensrechtliche Besonderheiten im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen des Kindes

1. Ausgangslage

Ordnet die KESB bei einer gesundheitlichen Gefährdung eines Kindes Kinderschutzmassnahmen an, ergeben sich verfahrensrechtliche Besonderheiten: 3.66

- Neben den Eltern und dem Kind können der behandelnde Arzt/das Betreuungsteam sowie Organisationen der freiwilligen Kindes- und Jugendhilfe, wie beispielsweise spitalinterne Kinderschutzgruppen in das Verfahren involviert sein.
- Widersprechen sich die Interessen der Eltern und die Interessen des Kindes, stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine Kindesvertretung (Art. 314a^{bis} ZGB) einzusetzen ist.
- Da oftmals innert kürzester Frist Entscheidungen gefällt werden müssen, ist auf die Besonderheiten des vorsorglichen und superprovisorischen Massnahmeverfahrens einzugehen.

2. Zur Rechtsstellung des Kindes

A) Grundsätzliches

Vor der Revision des Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes wurde dem Kind die Parteistellung im Kinderschutzverfahren abgesprochen.⁴⁹³ Trotzdem anerkannte das Bundesgericht das Recht urteilsfähiger Kinder, selbstständig Beschwerde gegen Entscheide betreffend die Zuteilung der elterlichen Obhut und die Regelung des Besuchsrechts zu führen.⁴⁹⁴ Auch in der Lehre wurde dem Kind – unabhängig von der Frage der Parteistellung – subjektive Rechte, wie das Recht auf Anhörung, das Recht auf eine Kindesvertretung und bei Nichtanhörung oder Nichtanordnung der Kindesvertretung ein Beschwerderecht eingeräumt.⁴⁹⁵ Mit der Revision des Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes wurden die Anhörung (Art. 314a ZGB) und die Vertretung des Kindes

⁴⁹³ Für eine kritische Auseinandersetzung hierzu vgl. COTTIER, Subjekt oder Objekt, 86 f.; SCHWENZER, KRK und schweizerisches Kindesrecht 817, 823 f.

⁴⁹⁴ Vgl. dazu Urteil des BGer 5P.41/2006 vom 17. Februar 2006 E. 1.3 (betreffend Obhut); BGE 120 Ia 369 E.1 (betreffend der Regelung des Besuchsrechts).

⁴⁹⁵ HERZIG, Verfahren, 64 ff.; COTTIER, Subjekt oder Objekt, 86 f.; SCHWENZER, KRK und schweizerisches Kindesrecht 817, 823 f.; HEGNAUER, Anwalt des Kindes, 181, 184 f.

(Art. 314a^{bis} ZGB) gesetzlich normiert. Dem Gesetz und den Materialien lässt sich allerdings nicht entnehmen, ob das Kind im Kindesschutzverfahren Parteistellung hat. Diese Frage wird in der Lehre zum Teil kontrovers diskutiert.⁴⁹⁶

- 3.68 Im Kindesschutzverfahren können die höchstpersönlichen Rechte nach Art. 19c ZGB⁴⁹⁷ sowie die Grundrechte des Kindes tangiert oder betroffen sein.⁴⁹⁸ Zu denken ist an das Recht auf Familienleben⁴⁹⁹ (bei Fragen der elterlichen Sorge oder des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts), das Recht auf die persönliche Freiheit und die körperliche Integrität⁵⁰⁰ (bei einer fürsorgerischen Unterbringung oder bei einer medizinischen Behandlung). Nach Art. 11 Abs. 2 BV üben Kinder ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit aus. Damit können urteilsfähige Kinder und Jugendliche ihre persönlichkeitsnahen Grundrechtsgehalte selbstständig geltend machen.⁵⁰¹ Ebenso können urteilsfähige Minderjährige nach Art. 19c Abs. 1 ZGB die Rechte, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen (sog. höchstpersönliche Rechte), selbstständig ausüben. Unter die Ausübung dieser Rechte, fällt namentlich das Recht, zur Durchsetzung dieser Ansprüche an ein Gericht zu gelangen oder ein Rechtsmittel zu ergreifen.⁵⁰² Des Weiteren verpflichtet Art. 9 Abs. 2 KRK und Art. 6 EMRK die Vertragsstaaten dazu, allen Beteiligten und damit auch Kindern, Gelegenheit zu geben, am Verfahren teilzunehmen und ihre Meinung zu äussern.

⁴⁹⁶ Siehe etwa COTTIER, FamKomm Erwachsenenschutz, N 5 ff. zu Art. 314 ZGB, welche zwischen urteilsfähigen und urteilsunfähigen Kindern unterscheidet. Ihres Erachtens haben urteilsfähige Kinder im Verfahren vor der KESB Parteistellung. Urteilsunfähige Kinder besitzen Parteistellung, wenn sie vertreten sind. Siehe dazu auch HERZIG, Verfahren, 64 ff., welcher die Parteistellung des Kindes im Kindesschutzverfahren bejaht.

⁴⁹⁷ Vgl. dazu COTTIER, FamKomm Erwachsenenschutz, N 5 ff. zu Art. 314 ZGB.

⁴⁹⁸ M.w.H. HERZIG, Partei- und Prozessfähigkeit, 182, 186 ff.

⁴⁹⁹ Art. 13 Abs. 1 BV.

⁵⁰⁰ Art. 10 Abs. 2 BV.

⁵⁰¹ MÜLLER/SCHEFER, 813 f. Mit dem Hinweis darauf, dass die Konkretisierung von Art. 11 Abs. 2 BV weitgehend mit aArt. 19 Abs. 2 ZGB, wonach urteilsfähige Minderjährige ihre höchstpersönlichen Rechte selbstständig geltend machen, übereinstimmt. Siehe dazu auch HÄNNI/BELSER, 139, 154 ff. zu den Verfahrensrechten von Kindern nach der KRK und der EMRK.

⁵⁰² Dies gilt insbesondere, wenn die Handlungs- und Prozessfähigkeit in Frage steht, widrigenfalls sich die betroffene Person nicht wirksam gegen die Verneinung der Handlungs- und Prozessfähigkeit zur Wehr setzen könnte. Vgl. dazu Urteil des BGer 5A_101/2014 vom 6. März 2014 E. 2.1, siehe auch BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, BSK ZGB I, N 1 zu Art. 19c ZGB.

Basierend auf den vorerwähnten Rechtsgrundlagen haben urteilsfähige Kinder im Kinderschutzverfahren das Recht, angehört zu werden, Beweisanträge zu stellen, Akten einzusehen, am Verfahren persönlich teilzunehmen, einen begründeten Entscheid zu erhalten sowie ein Rechtsmittel zu ergreifen.⁵⁰³ Insofern ist dem urteilsfähigen Kind im Kinderschutzverfahren die Parteistellung zuzusprechen. Das urteilsunfähige Kind wird bei der Ausübung seiner persönlichkeitsbezogenen Grundrechte durch die Eltern, bzw. bei einer Interessenkollision derselben durch eine unabhängige Kindesvertretung (Art. 314a^{bis} ZGB) vertreten. Damit die Interessen des Kindes adäquat einfließen können, ist auch dem vertretenen Kind die Parteistellung im Kinderschutzverfahren einzuräumen.

3.69

B) Anhörungen und deren praktische Umsetzung (Art. 314a ZGB)

Durch Art. 314a ZGB wurde das bestehende Anhörungsrecht des Kindes im Kinderschutzverfahren ausgebaut.⁵⁰⁴ Neu aufgenommen wurden die Pflicht zur Protokollierung, der für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse der Anhörung sowie das Beschwerderecht gegen die Verweigerung der Anhörung.⁵⁰⁵ Im Übrigen steht das Anhörungsrecht des Kindes wie im eherechtlichen Verfahren⁵⁰⁶ unter dem Vorbehalt des Alters oder «anderer wichtiger dagegen sprechender Gründe».⁵⁰⁷ Dem Gesetzestext ist weder für das Kinderschutzverfahren, noch für das eherechtliche Verfahren zu entnehmen, ab welchem Alter eine Anhörung zwingend vorzunehmen ist. Damit liegt die Beurteilung im Ermessen des Gerichts bzw. der KESB.

3.70

In der Lehre gehen die Meinungen hinsichtlich der Frage, bis zu welchem Alter auf eine Anhörung verzichtet werden sollte, auseinander. Ein Teil der Lehre plädiert für eine Anhörung des Kindes ab dem sechsten bzw. siebten Lebensjahr.

3.71

⁵⁰³ Vgl. dazu ausführlich HERZIG, Partei- und Prozessfähigkeit, 182, 186 ff.; m.w.H. HERZIG, Verfahren, 149 ff., 173 ff.; 207 ff.

⁵⁰⁴ Art. 314a ZGB sowie Art. 314 Ziff. 1 aZGB.

⁵⁰⁵ Art. 314a Abs. 2 und Abs. 3 ZGB.

⁵⁰⁶ Der Wortlaut von Art. 314a ZGB stimmt im Wesentlichen mit dem Anhörungsrecht des Kindes im eherechtlichen Verfahren überein (Art. 298 ZPO).

⁵⁰⁷ Vgl. Art. 314a Abs. 1 ZGB. Dieser Vorbehalt bestand bereits im bisherigen Recht.

Andere Autoren setzen sich für die Anhörung von jüngeren Kindern ein.⁵⁰⁸ Das Bundesgericht geht davon aus, dass ein Kind ab dem vollendeten sechsten Lebensjahr angehört werden sollte, soweit sich die Anhörung eines jüngeren Kindes nicht nach den konkreten Umständen aufdrängt.⁵⁰⁹ Einig ist man sich demgegenüber, dass ein Kind wenn möglich nur einmal angehört werden sollte.⁵¹⁰

- 3.72 Hat die KESB in einem Kindesschutzverfahren über gesundheitliche Bedürfnisse oder medizinische Behandlungen eines Kindes zu entscheiden bzw. «geeignete Massnahmen» anzuordnen, ist die Ausgangslage ähnlich wie bei den Partizipationsrechten des Kindes⁵¹¹ in medizinischen Behandlungen. Wie das Partizipationsrecht ist auch ein Anhörungsrecht darauf fokussiert, das Kind miteinzubeziehen, es zu informieren, seine Meinung anzuhören und für Transparenz zu sorgen.
- 3.73 In der praktischen Umsetzung des beschriebenen Anhörungsrechts ergeben sich nun jedoch Situationen, die gegen eine Anhörung sprechen. Wurde ein Kind im Rahmen einer medizinischen Behandlung – dem Partizipationsrecht entsprechend von den Eltern und dem behandelnden Arzt – einbezogen, hatte es Gelegenheit sich zu informieren und seine Meinung zu äussern. Lehnen die Eltern eine medizinisch indizierte Behandlung ab, ist die KESB für eine stellvertretende Einwilligung einzubeziehen. In Wahrnehmung der elementaren verfahrensrechtlichen Grundregeln müsste diese das Kind vor Anordnung einer

⁵⁰⁸ COTTIER, FamKomm Erwachsenenschutz, N 8 ff. zu Art. 314a ZGB, plädiert mit Verweis auf das persönlichkeitsbezogene Mitwirkungsrecht für eine Anhörung von jüngeren, unter 6-jährigen, urteilsunfähigen Kindern. Ihrer Ansicht nach kann nicht die Urteilsfähigkeit das massgebende Kriterium für die Gewährleistung des Anhörungsrechts sein. Ebenso BODENMANN/RUMO-JUNGO, 22, 27 f. welche sich für eine Anhörung um das fünfte Lebensjahr (oder noch früher) bei einem entsprechend fortgeschrittenen Entwicklungsstand des Kindes und spezifischer Qualifikation der anhörenden Person einsetzen. Siehe dazu auch KUHN MATHIAS, 218, 226 ff. welcher sich für eine Anhörung um das 6. Altersjahr ausspricht. M.w.H. STECK, BSK ZPO, N 15 zu Art. 298 ZPO; SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung, N 9 zu Art. 298 ZPO; illustrativ zu den Erfahrungen der Kindesanhörung: STECK, Kindesanhörung, 720 ff.

⁵⁰⁹ BGE 133 III 553 E. 3; 131 III 553 E. 1.2.3; obiter dictu wurde in 5A_53/2008 vom 30. April 2008 E. 2, ein dreijähriges Kind als zu jung für eine Kindesanhörung betrachtet.

⁵¹⁰ Anhörungen um der Anhörung willen sind zu vermeiden. Vgl. dazu Urteil des BGer 5A_485/2012 vom 11. September 2012 E. 6; Urteil des BGer 5A_299/2011 vom 8. August 2011 E. 5.2; BGE 133 III 553 E. 4; Urteil des BGer 5C.247/2004 vom 10. Februar 2005 E. 6.3.2; Urteil des BGer 5P.322/2003 vom 18. Dezember 2003 E. 3.2.

⁵¹¹ Vgl. Ausführungen unter Rz. 2.38 f.

Kinderschutzmassnahme anhören.⁵¹² Bei dieser Ausgangslage stellt sich zwingend die Frage der Verhältnismässigkeit. Für das betroffene Kind dürfte es bereits verunsichernd sein, wenn Eltern und behandelnder Arzt unterschiedlicher Ansicht sind. Diese Verunsicherung dürfte nicht abnehmen, wenn das Kind von einer weiteren unbekanntem Drittperson zu einer fraglichen medizinischen Behandlung angehört wird. In der beschriebenen Situation bedarf es einer differenzierten Vorgehensweise: Stehen erhoffter Nutzen und die durch die Anhörung – durch eine bis anhin unbeteiligte Drittperson – zu erwartende Belastung des Kindes in einem ungünstigen Verhältnis, sind Alternativen zu prüfen.

Eine mögliche Alternative ist in der Delegation der Anhörung zu sehen. Ist genügend Zeit vorhanden, sollte die Anhörung, sofern es die Umstände verlangen, an eine unabhängige (medizinische oder psychologische) Fachperson delegiert werden. Sinnvoll wäre die Anhörung durch eine Person, die bereits in einer früheren, anamnestic Phase involviert war und zu der das Kind ein Vertrauensverhältnis aufgebaut hat.⁵¹³ Wo die KESB kurzfristig Anordnungen zu treffen hat, zu denken ist an vorsorgliche oder superprovisorische Massnahmen, kann es geboten sein, auf die Anhörung zu verzichten. Dieser unterbliebene Verfahrensschritt ist jedoch so bald als möglich durch eine geeignete Fachperson nachzuholen.⁵¹⁴ 3.74

Nach dem Gesagten darf auf die Anhörung nur im Ausnahmefall verzichtet werden, wenn davon auszugehen ist, dass sie eine übermässige Belastung oder zusätzliche Gefährdung für das Kind beinhaltet. Ferner lässt sich ein Verzicht rechtfertigen, wenn die Sicht des Kindes bereits im Rahmen der Sachverhaltsabklärung ausreichend eingeflossen ist.⁵¹⁵ 3.75

C) Kindesvertreter (Art. 314a^{bis} ZGB)

a) Anordnungsvoraussetzungen

Im Zuge der Revision des Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes wurde das Rechtsinstitut der Kindesvertretung, das bis anhin für eherechtliche Verfahren 3.76

⁵¹² Vgl. Ausführungen unter Rz. 3.70 ff.

⁵¹³ So auch BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 3a zu Art. 314a/314a^{bis} ZGB; kritisch zur Delegation COTTIER, FamKomm Erwachsenenschutz, N 10 ff. zu Art. 314a ZGB; ebenso SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung, N 20 zu Art. 298 ZPO.

⁵¹⁴ Zur Anhörung im Rahmen einer fürsorglichen Freiheitsentziehung bei einem Minderjährigen vgl. BGE 131 III 409 E. 4.4 ff.; zu vorsorglichen Anordnungen im Erwachsenenschutzrecht ohne vorgängige Anhörung vgl. Urteil des BGer 5A_268/2014 vom 19. Juni 2014 E. 2.6 ff.; BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 3 ff. zu Art. 314a/314a^{bis} ZGB.

⁵¹⁵ Siehe auch COTTIER, FamKomm Erwachsenenschutz, N 11 f. zu Art. 314a ZGB.

vorgesehen war, explizit für Verfahren vor der KESB eingeführt (Art. 314a^{bis} ZGB).⁵¹⁶ Die Anordnung eines Kindesvertreters für das Kindesschutzverfahren ist nicht zwingend vorgesehen, vielmehr liegt es im Ermessen der KESB, die Vertretung des Kindes anzuordnen.⁵¹⁷ Für bestimmte, als Orientierung dienende Fallgruppen hat der Gesetzgeber eine Prüfungspflicht zur Anordnung einer Kindesvertretung vorgesehen. So muss die KESB, wenn die «Unterbringung des Kindes» Gegenstand des Verfahrens ist oder wenn die Beteiligten bezüglich der «Regelung der elterlichen Sorge» oder «wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs» unterschiedliche Anträge stellen, die Anordnung einer Vertretung prüfen (Art. 314a^{bis} Abs. 2 ZGB).⁵¹⁸

b) Bedeutung und Grenzen der Kindesvertretung bei medizinischen Behandlungen des Kindes

- 3.77 Kontaktiert die Ärzteschaft die KESB im Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung eines Kindes oder bei einem Verdacht auf einen sexuellen Missbrauch, ist davon auszugehen, dass das elterliche Vertretungsrecht nicht im objektiven Interesse des Kindes ausgeübt wird.⁵¹⁹ Ist darüber hinaus ein Interessenkonflikt zwischen den Eltern bzw. einem Elternteil und dem betroffenen Kind zu vermuten, wie dies beispielsweise bei strafrechtlichen Delikten innerhalb der Familie anzunehmen ist, müsste die KESB nach Art. 306 ZGB einen Beistand ernennen. Ebenso wäre nach Art. 314a^{bis} Abs. 2 Ziff. 2 ZGB zu prüfen, ob eine Vertretung des Kindes angezeigt ist, da sich Fragen zur Regelung der elterlichen Sorge stellen. Bei dieser Ausgangslage ist zu bedenken, dass zu viele Beteiligte das Verfahren sowie auch die Kommunikation komplizieren können. Insofern ist zu prüfen, welche Anordnung zum Schutz des Kindes geeigneter ist. Geht es vorab um eine

⁵¹⁶ Vgl. Art. 299 ZPO; m.w.H. BIDERBOST, HandKomm, N 1 zu Art. 314a^{bis} ZGB; BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 5 zu Art. 314a^{bis} ZGB.

⁵¹⁷ Vgl. Art. 314a^{bis} Abs. 1 ZGB.

⁵¹⁸ Der Gesetzgeber wollte mit dieser Prüfungspflicht zum Ausdruck bringen, dass die KESB in den beschriebenen Fallgruppen besonders gut abzuklären und nach ihrem pflichtgemässen Ermessen zu entscheiden hat, ob die Kindesinteressen die Ernennung eines Kindesvertreters erfordern (AmtlBull. NR 2008, 1543). Dass eine derartige Prüfung oftmals nicht bzw. viel zu spät vorgenommen wird, verdeutlicht sich am Urteil des Kantonsgerichts Graubünden (ZK1 14 28) vom 20. Mai 2014. Obwohl die Zuteilung der elterlichen Obhut in einem hochstrittigen Scheidungsverfahren mehr als 1.5 Jahre nicht gelöst werden konnte, wurde die Anordnung eines Kindesvertreters erst zweitinstanzlich zum Thema.

⁵¹⁹ Das ist etwa der Fall, wenn Eltern in eine medizinisch indizierte Behandlung ihres urteilsunfähigen Kindes nicht einwilligen, eine begonnene Behandlung abbrechen wollen oder sich im Rahmen einer laufenden Therapie nicht kooperativ zeigen.

verfahrensrechtliche Unterstützung, erscheint die Anordnung eines Kindesvertreters sinnvoller. Steht demgegenüber der Kindesschutz im Alltag im Vordergrund, ist die Anordnung einer Beistandschaft nach Art. 306 Abs. 2 ZGB angezeigt.⁵²⁰

Die Aufgabe des Kindesvertreters besteht hauptsächlich darin, die subjektive Sichtweise des Kindes in das Verfahren einzubringen und die Interessen des Kindes umfassend zu vertreten. Auch sollte sich der Kindesvertreter dafür einsetzen, dass das Kind – seinem Alter entsprechend – am Verfahren partizipieren kann.⁵²¹ Der Kindesvertreter darf in keinem Abhängigkeits- oder Weisungsverhältnis zur KESB stehen.⁵²² 3.78

Für eine Kindesvertretung im Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung eines Kindes bedeutet dies Folgendes: 3.79

Der Kindesvertreter hat die Interessen, Wünsche und Bedürfnisse des betroffenen Kindes umfassend wahrzunehmen. Er sollte sich bemühen, eine vertrauensvolle Beziehung zum Kind aufzubauen, um dessen subjektiven Willen zu ergründen.⁵²³ Sofern noch nicht von einer eigenverantwortlichen Willensbildung des Kindes ausgegangen werden kann – was bei einem urteilsunfähigen Kind in der Regel der Fall ist – geht es darum, das Spannungsverhältnis zwischen dem subjektiven Kindeswillen und dem Wohl des Kindes wahrzunehmen. Darauf aufbauend, sollte sich der Kindesvertreter aus der Perspektive und im Interesse des Kindes für eine kindwohlverträgliche Lösung im Verfahren einsetzen.⁵²⁴ Die erwähnten Zielsetzungen verdeutlichen die sich stellenden Herausforderungen. Die Umstände für das aufzubauende Vertrauensverhältnis zwischen dem betroffenen Kind und dem Kindesvertreter im Rahmen einer zur Diskussion stehenden medizinischen Behandlung oder einer gesundheitlichen Gefährdung des Kindes sind in der Regel erschwert. Akzentuiert zeigt sich die Problematik bei sehr kleinen oder gesundheitlich sehr gefährdeten Kindern und in Situationen, in denen kurzfristig Entscheide gefällt werden müssen. Eine Kindesvertretung sollte nur eingesetzt werden, wenn das Kind seinen subjektiven Willen äussern kann, ihm die Kontaktaufnahme durch eine (fremde) Drittperson zugemutet werden kann und genügend Zeit vorhanden ist, um ein Vertrauensverhältnis zwischen Kindesvertreter und Kind aufzubauen.

⁵²⁰ Vgl. dazu BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 8 ff. zu Art. 314a/Art. 314a^{bis} ZGB.

⁵²¹ Urteil des BGer 5P.84/2006 vom 3. Mai 2006 E. 3.4; COTTIER/STECK, 981, 997; COTTIER, Verfahrensvertretung, 125, 145 f.; STECK, BSK ZPO, N 13 zu Art. 300 ZPO.

⁵²² COTTIER/STECK, 981, 997; COTTIER, FamKomm Erwachsenenschutz, N 9 zu Art. 314a^{bis} ZGB.

⁵²³ COTTIER, Verfahrensvertretung, 125, 145.

⁵²⁴ BLUM/WEBER KHAN, 32, 43.

3.80 Zudem sollte der Kindesvertreter die Fähigkeit haben, das Vertrauen des betroffenen Kindes, der KESB und idealerweise auch der Eltern und des behandelnden Arztes zu gewinnen. Diese vielfältigen Anforderungen rufen nach einer personellen Spezialisierung,⁵²⁵ einem spezifischen Rollenbewusstsein und einem Verständnis für interdisziplinäre Koordination. Für die Institutionalisierung der Kindesvertretung im Rahmen von medizinischen Behandlungen von Kindern ist es daher unabdingbar, spezifische Weiterbildungsangebote anzubieten.⁵²⁶ In grösseren Kinderspitälern wäre es erstrebenswert, ein Pool von spezialisierten Kindesvertretern aufzubauen, die im Bedarfsfall zugezogen werden können. Dadurch liesse sich zum einen die Fachqualifikation sicherstellen und zum anderen könnte innert nützlicher Frist reagiert werden.

3.81 **D) Verfahrensrechte und Mitwirkungspflichten der Eltern und übriger Beteiligter**

a) Rechtsstellung der Eltern

3.82 Die Verfahrensrechte der Eltern werden unter den Verfahrensbestimmungen des Kindesschutzrechts nicht explizit aufgeführt. Den Bestimmungen des Erwachsenenschutzverfahrens⁵²⁷ ist zu entnehmen, dass die «betroffene Person» anzuhören⁵²⁸ ist und ein Anrecht auf Rechtsbeistand⁵²⁹ hat.

3.83 Wird die KESB bei einem Verdacht auf eine Gefährdung des Kindeswohls zugezogen, sind die Eltern unzweifelhaft betroffen. Um die Gefährdungslage des Kindes abzuschätzen, sind die Eltern anzuhören und zu befragen. Bei Anordnung von Kindesschutzmassnahmen, wird in die elterlichen Vertretungsrechte eingegriffen oder diese werden tangiert (so etwa bei einer

⁵²⁵ Der einzusetzende Kindesvertreter sollte über Fachkenntnisse in der Medizin, und der Kinderpsychologie (insbesondere Entwicklungspsychologie) verfügen. Ebenso sollte er ein solides Basiswissen im Familien- und Kindesschutzrecht haben. Vgl. dazu BLUM/WEBER KHAN, 32, 39; BIDERBOST, HandKomm, N 4 zu Art. 314a^{bis} ZGB; SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung, N 30 zu Art. 299 ZPO.

⁵²⁶ Die Hochschule Luzern bietet einen CAS Kindesvertretung an. Der Lehrgang richtet sich an Personen, welche Kinder und Jugendliche in zivil-, verwaltungs- und strafrechtlichen Verfahren vertreten. Das CAS-Programm Kindesvertretung ist ein Wahlmodul des MAS-Programms Sozialarbeit und Recht, kann aber auch unabhängig davon absolviert werden. Näheres unter: <<https://www.hslu.ch/dech/soziale-arbeit/weiterbildung/studienprogramm/cas/kindevertretung/>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁵²⁷ Nach Art 314 Abs. 1 ZGB sind die Verfahrensbestimmungen des Erwachsenenschutzrechtes sinngemäss anwendbar.

⁵²⁸ Art. 447 Abs. 1 ZGB.

⁵²⁹ Art. 449a ZGB.

Beratung, Ermahnung oder Weisung nach Art. 307 Abs. 3 ZGB).⁵³⁰ Daher rechtfertigt es sich, die Eltern bzw. den sorgeberechtigten Elternteil als «zu schützende Person» des Kinderschutzverfahrens anzusehen und ihnen ein Anhörungs-, Einsichts- und Beschwerderecht sowie ein Anrecht auf Rechtsbeistand nach den Verfahrensbestimmungen des Erwachsenenschutzrechtes einzuräumen.⁵³¹ Im Gegenzug sind die Eltern bzw. der sorgeberechtigte Elternteil zur Mitwirkung bei der Abklärung des Sachverhaltes verpflichtet (Art. 448 Abs. 1 ZGB).⁵³²

b) Verfahrensrechte und Mitwirkungspflichten übriger Beteiligter

Prüft die KESB bei einer gesundheitlichen Gefährdung eines Kindes die Anordnung einer Massnahme oder hat sie in einer möglicherweise dringlichen Situation die Angelegenheit direkt zu regeln,⁵³³ ist sie zur Abklärung des Sachverhaltes auf die Mitwirkung weiterer Beteiligter angewiesen. Zu denken ist an Hinweise von Lehrpersonen, Betreuungspersonen, Ansprechpersonen aus der freiwilligen Kindes- und Jugendhilfe, oder Ärzten und deren Hilfspersonen.⁵³⁴ Entsprechend hat der Gesetzgeber in Art. 448 Abs. 1 ZGB eine allgemeine Mitwirkungspflicht für Verfahrensbeteiligte und Dritte vorgesehen.⁵³⁵ 3.84

Für Berufsgruppen, die dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 Abs. 1 StGB unterstehen, besteht diese Mitwirkungspflicht nur, sofern sie dazu von der geheimnisberechtigten Person ermächtigt wurden oder die vorgesetzte Behörde oder die Aufsichtsbehörde sie auf eigenes Gesuch der KESB vom Berufsgeheimnis entbunden hat (Art. 448 Abs 2 ZGB). Nach der vorgesehenen 3.85

⁵³⁰ Die KESB hat den Sachverhalt nach Art. 446 Abs. 1 ZGB von Amtes wegen abzuklären (Untersuchungsgrundsatz). Sie hat zu prüfen, ob Ansichten oder Verhaltensweisen der Eltern eine Gefährdung des Kindeswohls bewirken. Für verfahrensbeteiligte Personen ergibt sich im Übrigen ein Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 53 ZPO, aus Art. 6 Abs. 1 EMRK und aus Art. 29 Abs. 1 BV.

⁵³¹ Zur Beschwerdelegitimation der Eltern: Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden (ZK1 14 88) vom 18. November 2014 E. 1a; Entscheid des Kantonsgerichts Freiburg (106 2014 143) vom 7. November 2014 E. 1c; COTTIER/STECK, 981, 992.

⁵³² Die Mitwirkungspflichten werden in Art. 448 ZGB nicht genau umschrieben. Konkretere Angaben sind oftmals den kantonalen Verfahrensrechten zu entnehmen; vgl. dazu auch STECK, HandKomm, N 3 zu Art. 448 ZGB.

⁵³³ Vgl. Art. 306 Abs. 2 ZGB.

⁵³⁴ Vgl. Art. 448 Abs. 2 ZGB zu den Hilfspersonen zählen Pflegende, Praxisassistentinnen, Physio- oder Ergotherapeuten, Mitglieder der spitalinternen Kinderschutzgruppe, etc.

⁵³⁵ Vgl. Art. 448 Abs. 1 ZGB.

Revision der Melderegungen im Kinderschutz⁵³⁶ sollen Berufsheimnisträger, nicht jedoch deren Hilfspersonen, weiterhin lediglich mitwirkungsberechtigt sein.⁵³⁷ Sofern sie mitwirken wollen, soll ihnen dies neu ohne Entbindung vom Berufsheimnis möglich sein. Eine Pflicht zur Mitwirkung soll – wie nach dem geltenden Recht – lediglich bestehen, wenn der Träger des Berufsheimnisses von der heimnisberechtigten Person zur Auskunft ermächtigt wurde oder wenn die vorgesetzte Behörde oder die Aufsichtsbehörde ihn auf eigenes Gesuch der KESB vom Berufsheimnis entbindet.⁵³⁸

- 3.86 Neben der Pflicht zur Mitwirkung haben die Beteiligten auch Verfahrensrechte. Ausdrücklich verankert ist ein solches Verfahrensrecht in Art. 450 ZGB. Demgemäss sind neben den «am Verfahren beteiligten Personen»⁵³⁹ auch die, «der betroffenen Person nahestehenden Personen» legitimiert, einen Entscheid der KESB beim zuständigen Gericht anzufechten (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 ZGB).⁵⁴⁰ Zum letzteren Personenkreis zählen Personen, «welche die betroffene Person gut kennen und kraft ihrer Eigenschaften sowie kraft ihrer Beziehungen zu dieser Person als geeignet erscheinen, dessen Interessen zu wahren».⁵⁴¹ Demgemäss sollen beispielsweise auch Ärzte, die die betroffene Person betreut und begleitet haben, zur Beschwerde legitimiert sein.⁵⁴²

⁵³⁶ Zur Revision der Melderegungen im Kinderschutz vgl. Ausführungen unter Rz. 4.20 ff.

⁵³⁷ Der Entscheid zur Aufhebung des Berufsheimnisses der Hilfsperson soll dem primären Geheimnisträger (z.B. dem Arzt) überlassen sein. Wo dieser die Mitwirkung für erforderlich hält, etwa weil die Hilfsperson die Gefährdung des Kindes erstmals erkannt hat, kann die Hilfsperson den primären Geheimnisherrn im Verfahren vertreten. Vgl. dazu auch Botschaft Kinderschutz, 3431, 3460; siehe auch Art. 314e Abs. 2 E ZGB.

⁵³⁸ Art. 314e Abs. 3 E ZGB.

⁵³⁹ Im Kinderschutzverfahren sind dies neben den Kindern auch deren Eltern, sowie alle weiteren Personen, die sich im erstinstanzlichen Verfahren vor der KESB beteiligt haben. Vgl. hierzu STECK, BSK Erwachsenenschutz, N 29 f. zu Art. 450 ZGB.

⁵⁴⁰ Art. 450 Abs. 2 ZGB; m.w.H. STECK, BSK Erwachsenenschutz, N 18 zu Art. 450 ZGB.

⁵⁴¹ Botschaft Erwachsenenschutz, 7001, 7084; Urteil des BGer 5A_663/2013 vom 5. November 2013 E. 2; BGE 137 III 67 E. 3.4.1.

⁵⁴² Botschaft Erwachsenenschutz, 7001, 7084.

Obwohl der Begriff der «nahestehenden Personen» sehr offen formuliert ist und sich damit in der Praxis unzweifelhaft Abgrenzungsfragen ergeben,⁵⁴³ ist die Beschwerdelegitimation eines behandelnden Arztes, der die betroffene Person über längere Zeit begleitet hat, begrüssenswert. Welche dramatischen Konsequenzen es haben kann, wenn Ärzten das Beschwerderecht abgesprochen wird, illustriert ein Fall, mit dem sich das Kantonsgericht St. Gallen am 8. Juli 2011 zu befassen hatte.⁵⁴⁴ Konkret ging es um die Beschwerdelegitimation eines Kinderspitals bzw. zweier behandelnder Ärzte. Die Beschwerdeführer ersuchten um Durchführung einer Chemotherapie bei einem dreijährigen Kind, dessen Eltern die Therapie verweigert hatten. Bedauerlicherweise verstarb das Kind im Laufe des gerichtlichen Verfahrens, weshalb das Verfahren gegenstandslos wurde. Das Kantonsgericht nahm indessen im Rahmen des Entscheids der Kostenverlegung zum mutmasslichen Prozessausgang Stellung. Dabei hielt es fest, dass die behandelnden Ärzte als «nahestehende Personen» zu bezeichnen und daher zur Beschwerde legitimiert seien.⁵⁴⁵ 3.87

3. Sonderfragen des vorsorglichen Massnahmenverfahrens

A) Superprovisorische Anordnungen und die Verfügbarkeit der KESB

Wie im zivilprozessualen Verfahren, sind auch im Kindes- und Erwachsenenenschutzverfahren vorsorgliche Massnahmen vorgesehen. Bei besonderer Dringlichkeit kann die KESB sofort – ohne Anhörung der beteiligten Personen – eine superprovisorische Anordnung erlassen (Art. 314 Abs. 1 ZGB 3.88

⁵⁴³ Vgl. hierzu Urteil des BGer 5A_979/2013 vom 28. März 2014 E. 4.2, zur Beschwerdelegitimation einer Gemeinde gegen einen Beschluss der KESB im Rahmen eines Kindesschutzverfahrens (Entzug der elterlichen Obhut und die Anordnung einer Beistandschaft). Siehe auch Entscheid des Kantonsgerichts Luzern (3H 13 100) vom 28. April 2014 E. 3.2 f., zur Beschwerdelegitimation eines Beistandes.

⁵⁴⁴ Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen (FO.2011.16-K2) vom 8. Juli 2011; FamPra.ch 04/2011, 136 ff.

⁵⁴⁵ Neben der (altrechtlichen) Frage der Beschwerdelegitimation nach Art. 420 aZGB, ist dieser Entscheid hinsichtlich der Risiken-/Nutzenbeurteilung einer medizinischen Behandlung von Interesse. Nach Ansicht des Gerichts überwiegt bei einem zur Wahl stehenden medizinischen Eingriff mit einer 50 % Heilungschance, die Chance des Kindes auf Heilung gegenüber dem Recht der Eltern – in Wahrnehmung ihres elterlichen Vertretungsrechts – eine medizinische Behandlung abzulehnen.

i.V.m. Art. 445 Abs. 2 ZGB).⁵⁴⁶ Von besonderer Dringlichkeit ist auszugehen, wenn Gefahr besteht, dass der Schutz der betroffenen Person nur mit sofortigem Eingreifen gewährleistet ist.⁵⁴⁷ Auf die Anhörung der beteiligten Personen darf nur verzichtet werden, wenn die Interessen der betroffenen Person auf umgehende Handlung gegenüber den Interessen der beteiligten Personen auf Gewährung des rechtlichen Gehörs überwiegen und die anzuordnende Massnahme verhältnismässig erscheint.⁵⁴⁸

- 3.89 Damit superprovisorische Kindesschutzmassnahmen angeordnet werden können, muss das Schutzinteresse des betroffenen Kindes auf sofortige medizinische Behandlung höher zu gewichten sein als das Recht der Eltern, zur fraglichen medizinischen Behandlung sowie zur möglichen Beschränkung des elterlichen Vertretungsrechts Stellung nehmen zu können. Eine derart dringliche Ausgangslage liegt vor, wenn davon auszugehen ist, dass der Gesundheit des Kindes ein erheblicher Nachteil erwächst, wenn nicht sofort gehandelt wird. Folglich wird es sich um lebensnotwendige bzw. aus medizinischer Sicht zwingend indizierte ärztliche Eingriffe handeln. Die KESB hat dem behandelnden Arzt in der beschriebenen Situation stellvertretend für die Eltern bzw. den sorgeberechtigten Elternteil die Bewilligung zu erteilen, das urteilsunfähige Kind zu behandeln. Diese gesetzlich vorgesehene Massnahmezuständigkeit der KESB für superprovisorische Anordnungen erfordert die Erreichbarkeit der Behörde auch ausserhalb der Bürozeiten.⁵⁴⁹ Bislang haben allerdings nicht alle Kantone einen KESB-Pikettdienst aufgebaut.⁵⁵⁰

⁵⁴⁶ Im früheren Vormundschaftsrecht war die Anordnung der superprovisorischen Massnahme nicht vorgesehen. Vgl. STECK, FamKomm Erwachsenenschutz, N 4 zu Art. 445 ZGB; AUER/MARTI, BSK Erwachsenenschutz, N 19 zu Art. 445 ZGB; Botschaft Erwachsenenschutz, 7001, 7077.

⁵⁴⁷ Bei Verdacht auf Kindsmissbrauch oder Kindsmisshandlung sind nicht selten umgehend Massnahmen anzuordnen. Wie schwierig sich die Beweiserhebung in derartigen Fällen gestaltet, zeigt illustrativ ein Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden (ZK1 13 16) vom 28. März 2013 zu einem klärungsbedürftigen Unfall eines Kleinkindes.

⁵⁴⁸ AUER/MARTI, BSK Erwachsenenschutz, N 19 zu Art. 445 ZGB.

⁵⁴⁹ So auch Empfehlungen VBK, KESB als Fachbehörde, 63, 81.

⁵⁵⁰ Beispielsweise verfügen die Kt. ZH, LU und SH über keinen KESB-Pikettdienst. Nach einem tragischen Tötungsdelikt zweier Kinder am 1. Januar 2015 in Flaach wurde die Verfügbarkeit der KESB an Wochenenden und Feiertagen im Kt. ZH zum grossen Thema: NZZ vom 6. Januar 2015, 13 «Justizdirektion fordert KESB Bericht», 19; vgl. dazu auch HÜRLIMANN, 125; zur Erreichbarkeit der KESB aus Sicht eines Spitals vgl. NZZ vom 22. April 2014, 15, «Bürokratie behindert Patientenwillen».

Kann ein Entscheid der KESB nicht, bzw. nicht innert Frist eingeholt werden, führt dies nachvollziehbarerweise zu unerwünschten Verzögerungen. Bei der dringlichen Behandlung ist der behandelnde Arzt berechtigt und verpflichtet, die Behandlung durchzuführen.⁵⁵¹ Ist die Situation demgegenüber nicht offensichtlich dringlich oder ist unklar, ob die Behandlung mit dem Kindeswohl vereinbar ist, muss der Entscheid der KESB abgewartet werden. Ist diese (ausserhalb der Bürozeiten) nicht verfügbar, geht wertvolle Zeit verloren. Diese Situation ist für alle Beteiligten, insbesondere jedoch für behandelnde Ärzte, sehr belastend. Sie tragen die Verantwortung und müssen sich – solange die KESB nicht erreichbar ist bzw. noch kein Entscheid derselben vorliegt – andauernd mit der Frage auseinandersetzen, ob weiter zugewartet werden kann oder ob es die gesundheitliche Situation des Kindes zwischenzeitlich verlangt, ohne stellvertretende Einwilligung intervenierend einzugreifen. 3.90

Auf der chirurgischen Intensivstation des Universitätsspitals Zürich führte die mangelnde Verfügbarkeit der KESB bzw. eines eingesetzten Beistandes dazu, dass bei einem Patienten vier Tage zugewartet wurde, bis ein Luftröhrenschnitt gemacht wurde. Der behandelnde Intensivmediziner stufte den Eingriff nicht als dringliche Behandlung ein, weshalb seines Erachtens bis zum Entscheid der KESB zugewartet werden musste. Der verantwortliche Leiter der zuständigen KESB argumentierte demgegenüber im Nachhinein, dass auch dann von einer dringlichen Behandlung auszugehen sei, wenn sich die zeitliche Verzögerung voraussichtlich negativ auf die Gesundheit der betroffenen Person auswirke.⁵⁵² Das Beispiel verdeutlicht die aktuell unbefriedigende Situation in Kantonen ohne KESB Pikettdienst. Überspitzt gesagt führt dies dazu, dass Ärzte an Wochenenden und Feiertagen eher berechtigt sind, ohne stellvertretende Einwilligung intervenierend einzugreifen, als sie dies unter der Woche wären. Diese unterschiedliche Vorgehensweise ist für alle Beteiligten eine unbefriedigende Gratwanderung. Zur Entschärfung der Problematik stehen zwei Lösungsansätze zur Verfügung. Diese wären allerdings mit einer entsprechenden Änderung bzw. Ergänzung des ZGB verbunden.⁵⁵³ 3.91

- Eingriff in die Organisationsfreiheit der Kantone, indem diese dazu verpflichtet werden, an Wochenenden und Feiertagen einen KESB Pikettdienst einzurichten.

⁵⁵¹ Zum Begriff und den Voraussetzungen einer dringlichen Behandlung vgl. Ausführungen unter Rz. 2.13 f.

⁵⁵² Zum Fallbeispiel vgl. NZZ vom 22. April 2014, 15, «Bürokratie behindert Patientenwillen»; zu der dringlichen Behandlung nach Art. 379 ZGB vgl. Ausführungen unter Rz. 2.14.

⁵⁵³ Auf die Vor- und Nachteile der beiden vorgeschlagenen Varianten wird unter Rz. 5.10 ff. eingegangen.

- Ermächtigung von medizinnahen Fachgremien, wie beispielsweise spitalinternen Kindesschutzgruppen, in dringlichen Angelegenheiten stellvertretend für die kantonale KESB Entscheidungen zu fällen.

B) Rechtsmittel auch bei superprovisorischen Anordnungen?

- 3.92 Der Gesetzgeber hat in Art. 445 Abs. 3 ZGB die Anfechtbarkeit von vorsorglichen Massnahmen an die gerichtliche Beschwerdeinstanz vorgesehen. Nach den Materialien gelangt diese Beschwerdemöglichkeit auch für superprovisorische Anordnungen zur Anwendung.⁵⁵⁴ Die selbstständige Anfechtbarkeit wird zum einen damit begründet, dass sowohl im Erwachsenen- als auch im Kindesschutzverfahren Entscheide gefällt werden müssten, die einschneidende Konsequenzen für die am Verfahren beteiligten Personen hätten und zum anderen die Überprüfung der Anordnungen insbesondere in Kindesschutzverfahren, in welchen sehr oft mehrere Beteiligte anzuhören seien, eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen.
- 3.93 In der Lehre wurde die selbstständige Anfechtbarkeit von superprovisorischen Anordnungen verschiedentlich kritisiert. Als problematisch angesehen wurde im Wesentlichen, dass sich dieselbe Rechtsmittelbehörde dadurch mehrfach mit der Streitsache zu befassen habe.⁵⁵⁵
- 3.94 Auch die Rechtsprechung äusserte sich kritisch zur selbstständigen Anfechtbarkeit von superprovisorischen Anordnungen. Das Bundesgericht begründete diese ablehnende Haltung damit, dass das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht kein Beschwerdeverfahren kenne, das sich auf superprovisorische Massnahmen beschränke. Im Anschluss an eine superprovisorische Anordnung – nach Anhörung der Beteiligten – erfolge zwingend der Erlass der vorsorglichen Massnahme. Damit erhalte die von der superprovisorischen Massnahme betroffene Person Gelegenheit, ihren Standpunkt vorzutragen. Durch den

⁵⁵⁴ Vgl. zum Ganzen Botschaft Erwachsenenschutz, 7001, 7077.

⁵⁵⁵ Bereits die in Art. 445 Abs. 3 ZGB vorgesehene selbstständige Anfechtbarkeit einer vorsorglichen Massnahme könne dazu führen, dass sich die gerichtliche Beschwerdeinstanz zweimal mit der Frage der Notwendigkeit der betreffenden Massnahme befassen müsse. Sollte nun wie vorgesehen auch das Superprovisorium anfechtbar sein, würde die Massnahme dreimal Gegenstand der gerichtlichen Beurteilung. Vgl. dazu AUER/MARTI, BSK ZGB I, N 32 zu Art. 445 ZGB; AUER/MARTI, BSK Erwachsenenschutz, N 32 zu Art. 445 ZGB; SCHMID HERMANN, Komm Erwachsenenschutz, N 13 zu Art. 445 ZGB.

vorsorglichen Massnahmeentscheid werde die superprovisorische Massnahme aufgehoben, womit das Rechtsschutzinteresse der Beschwerde entfalle.⁵⁵⁶ Ebenso ablehnend, mit leicht anderer Begründung, äusserte sich das Obergericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 12. September 2013.⁵⁵⁷ Der Intention des Gesetzgebers, wonach ein möglichst umfassender und rascher Rechtsschutz im Bereich der superprovisorischen Massnahmen erforderlich sei, um betroffene Personen vor tiefgreifenden Eingriffen in die Persönlichkeit zu schützen, könne nicht gefolgt werden. Betroffene Personen würden durch die im Gesetz vorgesehene Anhörung und dem zeitnahen Entscheid der zuständigen Behörde im Rahmen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens ausreichend geschützt. Zumal im Rechtsmittelverfahren gegen die superprovisorische Anordnung einzig geprüft werden könne, ob die besondere Dringlichkeit bestanden habe, die Massnahme ohne Anhörung der Betroffenen anzuordnen.

3.95 Geht man davon aus, dass aus Art. 445 Abs. 3 ZGB die Beschwerdemöglichkeit gegen eine superprovisorische Anordnung nicht abzuleiten ist, müsste – soweit dem kantonalen Verfahrensrecht keine entsprechende Regelung zu entnehmen ist – sinngemäss Art. 265 ZPO zur Anwendung gelangen (Art. 450f ZGB). Gegen die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme ist in Art. 265 ZPO kein Rechtsmittel vorgesehen. Begründet wird dies damit, dass das Gericht mit Erlass des Superprovisoriums die Anhörung der Gegenpartei anordne und der vorsorgliche Massnahmeentscheid unverzüglich nach der Anhörung zu fällen sei. Falls das Massnahmegericht das Bestätigungsverfahren nicht entsprechend in die Hand nehme, bestehe jederzeit die Möglichkeit, eine Rechtsverzögerungsbeschwerde nach Art. 319 lit. c ZPO einzureichen.⁵⁵⁸

3.96 Dieser Argumentation kann nicht voraussetzungslos gefolgt werden. Insbesondere bei Anordnungen zum Schutz von Kindern hat die Zeit eine besondere Bedeutung. Können superprovisorische Anordnungen, wie etwa der Entzug des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts, nicht unmittelbar angefochten werden, besteht Gefahr, dass bis zum Erlass eines anfechtbaren Entscheides beim betroffenen Kind ein nicht wieder gut zu machender Nachteil eintreten droht.⁵⁵⁹ Die sinngemässe Anwendung von Art. 265 ZPO vermag

⁵⁵⁶ Vgl. dazu Urteil des BGer 5A_579/2014 vom 18. August 2014 E. 2.2; ebenso Urteil des BGer 5A_268/2014 vom 19. Juni 2014 E. 2.6; zum mangelnden Rechtsschutzinteresse vgl. Urteil des BGer 5A_429/2014 vom 2. Juli 2014 E. 3.3; Urteil des BGer 5A_772/2013 vom 16. Juni 2014 E. 4; BGE 137 III 417 E. 1.4.

⁵⁵⁷ Vgl. dazu Entscheid des Obergerichts Zürich PQ130029 vom 12. September 2013 E. 3; siehe auch Entscheid des Obergerichts Zürich PQ140039 vom 9. Juli 2014 E. 3.

⁵⁵⁸ Vgl. zum Ganzen SPRECHER THOMAS, BSK ZPO, N 32 ff. zu Art. 265 ZPO.

⁵⁵⁹ BIDERBOST, Rechtsmittelbelehrung, 67, 71.

nur dann adäquat zur Anwendung zu gelangen, wenn die Anhörung der Verfahrensbeteiligten sehr rasch erfolgen kann. Hiervon ist beispielsweise in einem eigentlichen Zweiparteienverfahren (Streit unverheirateter Eltern um Kinderbelange) auszugehen.⁵⁶⁰ Sind jedoch mehrere Verfahrensbeteiligte anzuhören, wie dies beispielsweise bei einem Entzug des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts in der Regel der Fall ist, bedarf es naheliegenderweise etwas Zeit. Kann die Anhörung nicht umgehend erfolgen, weil eine solche beispielsweise von einer Partei verweigert wird, liegt ein schutzwürdiges Interesse zur Anfechtbarkeit der superprovisorischen Anordnung vor. Selbst wenn das Rechtsschutzinteresse der fraglichen Beschwerde mit Erlass der vorsorglichen Massnahme automatisch entfällt, kann diese Tatsache nicht dazu verwendet werden, dass dieses Rechtsmittel entbehrlich ist. Gibt es Verzögerungen im vorsorglichen Massnahmeverfahren ist es in Berücksichtigung der häufigen Schwere einer superprovisorischen Anordnung im Kinderschutzverfahren unverhältnismässig, den von der superprovisorischen Massnahme Betroffenen kein Rechtsmittel zur Verfügung zu stellen.⁵⁶¹ Gleichwohl gibt es Einzelfälle, in denen der Entscheid der KESB zwingend direkt zu vollziehen ist. Darauf ist sogleich einzugehen.

C) Zur Relevanz des umgehenden Vollzugs

- 3.97 Beschwerden gegen Entscheide der KESB, einschliesslich vorsorgliche und superprovisorische Anordnungen, haben grundsätzlich aufschiebende Wirkung (Art. 450c ZGB).⁵⁶² Ein Entzug der aufschiebenden Wirkung ist allerdings im Einzelfall möglich (Art. 450c ZGB). Dies rechtfertigt sich dann, wenn die Interessen an einem sofortigen Vollzug gegenüber den Interessen an einer rechtsstaatlichen Überprüfung der Rechtslage überwiegen.⁵⁶³
- 3.98 Bei Anordnungen im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen ist der Entzug der aufschiebenden Wirkung von besonderer Bedeutung. Ist die Behandlung lebensnotwendig oder ist davon auszugehen, dass für die betroffene

⁵⁶⁰ So auch STECK, Komm Erwachsenenschutz, N 11c zu Art. 445 ZGB; ähnlich SCHMID HERMANN, Komm Erwachsenenschutz, N 13 zu Art. 445 ZGB.

⁵⁶¹ Vgl. dazu STECK, Komm Erwachsenenschutz, N 11c zu Art. 445 ZGB; SCHMID HERMANN, Komm Erwachsenenschutz, N 13 zu Art. 445 ZGB; BIDERBOST, Rechtsmittelbelehrung, 67, 72 ff.

⁵⁶² Mit der Revision des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts wurde der Grundsatz der aufschiebenden Wirkung von hoheitlichen Entscheiden einheitlich für das Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren vorgesehen. Eine Ausnahme besteht lediglich für Entscheide gegen fürsorgerische Unterbringungen. Vormalig wurde die Regelung der aufschiebenden Wirkung dem kantonalen Recht überlassen. Vgl. dazu GEISER, BSK Erwachsenenschutz, N 1 f. zu Art. 450c ZGB.

⁵⁶³ GEISER, BSK Erwachsenenschutz, N 7 zu Art. 450c ZGB.

Person ernsthafte Nachteile erwachsen, wenn die Behandlung nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt durchgeführt wird, ist einer allfälligen Beschwerde stets die aufschiebende Wirkung zu entziehen.⁵⁶⁴ Ist eine medizinisch indizierte Behandlung derart dringend, dass sich eine vorsorgliche oder superprovisorische Massnahme aufdrängt, würde der Nutzen der Behandlung hinfällig, wenn die Anordnung durch eine Beschwerde verzögert werden könnte.

4. Fazit

In den vorangegangenen Abschnitten wurde auf die Besonderheiten des Kinderschutzverfahrens im Hinblick auf die Durchsetzung von medizinischen Behandlungen von Kindern eingegangen. In diesem Zusammenhang wurden Mitwirkungsrechte und Mitwirkungspflichten von direkt Betroffenen und Verfahrensbeteiligten erläutert. Bei einem Interessenkonflikt zwischen den Eltern steht sowohl die Anordnung einer Beistandschaft nach Art. 306 Abs. 2 ZGB als auch die Anordnung einer Kindesvertretung nach Art. 314a^{bis} ZGB zur Diskussion. Eine Kindesvertretung ist bei gesundheitlichen Fragestellungen von Kindern hauptsächlich dann sinnvoll, wenn eine rechtlich-verfahrensmässige Unterstützung des Kindes angezeigt ist. 3.99

Superprovisorische und vorsorgliche Anordnungen der KESB sind bei lebensnotwendigen und zwingend indizierten Behandlungen von Kindern meist unabdingbar. Hierfür muss die KESB rund um die Uhr verfügbar sein. Diese Voraussetzung ist derzeit bedauerlicherweise nicht in allen Kantonen gegeben. Insofern besteht dringender Handlungsbedarf. Ordnet die KESB eine medizinische Behandlung an, die lebensnotwendig ist oder bei der davon auszugehen ist, dass dem betroffenen Kind ein erheblicher Nachteil erwächst, wenn die Behandlung nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt durchgeführt wird, muss einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen werden. 3.100

V. Zur Verantwortlichkeit der KESB

Im Rahmen der vorangehenden Ausführungen wurde verschiedentlich darauf hingewiesen, dass ein frühzeitiges Eingreifen der KESB zum Schutz eines gefährdeten Kindes von wesentlicher Bedeutung sein kann. Greift die KESB trotz Anzeichen der Gefährdung nun allerdings zu spät oder mit zu niederschweligen Massnahmen ein und erleidet das betroffene Kind durch die verspätete Behandlung einen irreparablen Gesundheitsschaden, drängen sich Haftungsfragen auf.⁵⁶⁵ Im Folgenden soll – ohne Anspruch auf eine abschliessende Untersuchung – im Sinne eines Denkanstosses auf die Verantwortlichkeit der KESB eingegangen werden. 3.101

⁵⁶⁴ Obwohl dies der Gesetzgeber lediglich für Beschwerden gegen Entscheide im Rahmen der fürsorglichen Unterbringung vorgesehen hat. Vgl. Art. 450c ZGB.

⁵⁶⁵ Zur Verantwortlichkeit der Eltern vgl. Ausführungen unter Rz. 3.129 ff.

- 3.102 Das geltende Kindes- und Erwachsenenschutzrecht sieht in Art. 454 ff. ZGB eine Kausalhaftung des Staates auf Basis der (ausschliesslichen) Sorgfaltswidrigkeit vor.⁵⁶⁶ Ein direkter Anspruch der geschädigten Person gegenüber dem fehlbaren Mitarbeiter der KESB besteht demgegenüber nicht. Für ein Rückgriff des Kantons auf die fehlbare Person ist das kantonale Recht massgebend (Art. 454 Abs. 4 ZGB). Da die Erwachsenenschutzbehörde nach Art. 440 Abs. 3 ZGB in Personalunion auch Kindesschutzbehörde ist, gelten die Bestimmungen der Verantwortlichkeit nach Art. 454 ff. ZGB auch für den Kindesschutz.⁵⁶⁷
- 3.103 Die Verantwortlichkeitsbestimmungen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts verfolgen die Absicht, bei widerrechtlichem oder pflichtwidrigem Handeln oder Unterlassen der Behörde oder eines Mandatsträgers bei der geschädigten Person für Schadensausgleich oder gegebenenfalls Genugtuung zu sorgen. Für die Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit der Anordnung oder Unterlassung von Kindesschutzmassnahmen steht Art. 454 Abs. 1 ZGB im Vordergrund.⁵⁶⁸ Im Unterschied zu den gewöhnlichen Kausalhaftungen nach Art. 55 ff. OR sieht Art. 454 Abs. 1 ZGB keine Entlastungsgründe vor. Damit ist von einer Haftung auszugehen sobald die geschädigte Person einen Vermögensschaden (im Rahmen einer behördlich angeordneten oder begleitenden Schutzmassnahme), ein widerrechtliches Verhalten und einen Kausalzusammenhang nachzuweisen vermag.⁵⁶⁹
- 3.104 Zur Veranschaulichung einer (möglichen) Verantwortlichkeit der KESB ist auf das im Einleitungskapitel erwähnte Fallbeispiel aus dem Ostschweizer Kinderspital hinsichtlich des vegan ernährten Kindes, das infolge einer

⁵⁶⁶ Dies im Gegensatz zum bisherigen Recht, das die Verschuldensvoraussetzung vorsah. Der Gesetzgeber wollte damit zum Ausdruck bringen, dass der Staat haften soll und zwar unabhängig davon, ob überhaupt ein individuelles Verschulden vorliegt. Die geschädigte Person soll sich nicht mit der Frage beschäftigen müssen, welches Behördenmitglied oder welcher Mandatsträger für den Schaden verantwortlich ist. Vgl. Botschaft Erwachsenenschutz, 7001, 7092; HAUSHEER, BSK ZGB I, N 10 ff. zu Art. 454 ZGB.

⁵⁶⁷ Botschaft Erwachsenenschutz, 7001, 7091 f.

⁵⁶⁸ Art. 454 Abs. 2 ZGB bezieht sich auf die, den verschiedenen Behörden des Erwachsenenschutzes übertragenen Aufgaben (behördliche Überwachungs- und Eingriffsmassnahmen) des zehnten Titel des Zivilgesetzbuches. Vgl. HAUSHEER, BSK ZGB I, N 10 f. zu Art. 454 ZGB; MÖSCH PAYOT/ROSCH, KurzKomm ZGB, N 1 f. zu Art. 454–456 ZGB.

⁵⁶⁹ Anspruchsberechtigt sind die durch die angeordnete Massnahme direkt Betroffenen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind auch unterstützungsberechtigte und unterstützungsverpflichtete Verwandte aktivlegitimiert. Vgl. BGE 5A_815/2013 vom 9. Januar 2014 E. 2.2 f.; Urteil des BGer 2P.230/2003 vom 23. November 2004 E.1.1; BGE 115 II 15 E. 2.

Vitamin B12 Unterversorgung irreparable Schäden des Nervensystems, der Sinnesorgane, der Knochen und der Muskeln erlitten hat, zurückzugreifen.⁵⁷⁰ Bei den beschriebenen irreparablen Gesundheitsschäden ist davon auszugehen, dass das Kind in seinem wirtschaftlichen Fortkommen behindert ist und dadurch eine unfreiwillige Vermögenseinbusse erleidet.⁵⁷¹ Sofern die KESB im erwähnten Fall bereits involviert war, als noch keine Mangelercheinungen beim Kind erkennbar waren, ist davon auszugehen, dass sich der Schaden während des laufenden Kinderschutzverfahrens ereignete. Damit müsste die erste Haftungsvoraussetzung im Sinne einer unfreiwilligen Vermögensverminderung angenommen werden. Das widerrechtliche Handeln kann darin gesehen werden, dass es die KESB trotz erkennbarer Gefährdungsanzeichen unterlassen hatte, die erforderlichen Kinderschutzmassnahmen, wie etwa den Entzug des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts, anzuordnen. Kann des Weiteren zur Bejahung der adäquaten Kausalität nachgewiesen werden, dass bei pflichtgemäßem Handeln der KESB (Anordnung der entsprechenden Kinderschutzmassnahme), der beim Kind eingetretene Schaden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit hätte verhindert werden können, müsste die KESB zur Verantwortung gezogen werden.

In der Rechtsprechung ist die Verantwortlichkeit der KESB bislang von geringer Bedeutung. Diese Tatsache erstaunt, zumal die Risiken bei unsorgfältigem oder zögerlichem Vorgehen derselben insbesondere bei gesundheitlichen Gefährdungen von Kindern nicht zu unterschätzen sind und sich auch Fälle ereignet haben, in denen offensichtlich und mit gravierenden Konsequenzen zu spät gehandelt wurde.⁵⁷² Berücksichtigt man zudem die in der Öffentlichkeit und in den Medien seit Erlass des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechtsaufgekommene Kritik an der Tätigkeit der KESB,⁵⁷³

3.105

⁵⁷⁰ Vgl. Ausführungen unter Rz. 1.11. Die Frage der Verantwortlichkeit der KESB könnte sich auch bei dem unter Rz. 1.12 ausgeführten Fallbeispiel, hinsichtlich des Knaben, der an Leukämie erkrankte aufdrängen. Zu denken wäre diesfalls an eine Genugtuung einer angehörigen Person (nicht jedoch der Eltern).

⁵⁷¹ M.w.H. zum Schaden bei Körperverletzung vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 1499 zu § 6.

⁵⁷² Vgl. dazu beispielsweise das Fallbeispiel unter Rz. 1.12.

⁵⁷³ Vgl. Weltwoche.ch, «Das freundliche Gesicht der KESB» von Alex Reichmuth, <<http://www.weltwoche.ch/ausgaben/2015-11/das-freundliche-gesicht-der-kesb-die-weltwoche-ausgabe-112015.html>> (zuletzt besucht am 22. November 2015); Tagesanzeiger.ch vom 21. Juli 2014 «Zürcher Schutzbehörden stehen in der Kritik», <<http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/region/Zuercher-Schutzbehoerden-stehen-in-der-Kritik/story/11164351>> (zuletzt besucht am 22. November 2015); Beobachter.ch vom 29. Juli 2015 «KESB Was soll die Hysterie», <http://www.beobachter.ch/justiz-behoerde/erwachsenenschutz/artikel/kesb_was-soll-die-hysterie/> (zuletzt besucht am 22. November 2015).

ist die zukünftige Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit der KESB mit Spannung zu verfolgen.

3. Kapitel: Strafrechtliche Absicherung der Grenzen elterlicher Bestimmungsrechte

I. Straftatbestände zum Schutz des Kindes

- 3.106 Nicht nur im Zivilrecht, sondern auch im Strafrecht gibt es Bestimmungen, die der besonderen Schutzbedürftigkeit des Kindes Rechnung tragen. Im Gegensatz zum zivilrechtlichen Kindesschutz wirkt der strafrechtliche Kindesschutz nicht vorbeugend, sondern vorwiegend repressiv.⁵⁷⁴ Im Folgenden soll ein Überblick über die im vorliegenden Kontext besonders relevanten Bestimmungen des strafrechtlichen Kindesschutzes geschaffen werden.

1. Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht (Art. 219 StGB)

A) Zum Straftatbestand

- 3.107 Art. 219 StGB stellt Verhaltensweisen von Personen unter Strafe, die ihre Fürsorge- und Erziehungspflichten gegenüber Unmündigen verletzen oder vernachlässigen und dadurch deren körperliche und seelische Entwicklung gefährden.⁵⁷⁵ Die Begriffe der Fürsorge- und Erziehungspflicht verlangen eine Garantenstellung des Täters gegenüber dem Minderjährigen, welche durch Gesetz, Vertrag oder tatsächliche Umstände begründet werden kann.⁵⁷⁶ Das Verhältnis zwischen dem Täter und dem Minderjährigen muss von einer gewissen Festigkeit, Intensität und Dauer geprägt sein.⁵⁷⁷ Daher können sorgeberechtigte Eltern, Lehrer,⁵⁷⁸ Kindergärtnerinnen, Tagesmütter, Pflegeeltern, eine eingesetzte Vormundin und je nach definiertem Aufgabenbereich ein Beistand eines Minderjährigen,⁵⁷⁹ unter den Täterkreis fallen. Die tatbestandsmässige Handlung besteht in der Verletzung (aktives Tun)

⁵⁷⁴ BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 9 zu Art. 307 ZGB.

⁵⁷⁵ ECKERT, BSK StGB II, N 3 zu Art. 219 StGB.

⁵⁷⁶ WEDER, StGB Komm, N 3 zu Art. 219 StGB; TRECHSEL/CHRISTENER-TRECHSEL, PraxKomm StGB, N 1 zu Art. 219 StGB; zur Garantenstellung eines Stiefvaters vgl. Urteil des BGer 6B_993/2008 vom 20. März 2009 E. 2.1 f.

⁵⁷⁷ Nicht unter den Täterkreis fallen beispielsweise unregelmässig beauftragte Babysitter. Vgl. dazu TRECHSEL/CHRISTENER-TRECHSEL, PraxKomm StGB, N 1 zu Art. 219 StGB; ECKERT, BSK StGB II, N 4 f. zu Art. 219 StGB.

⁵⁷⁸ Vgl. dazu BGE 125 IV 64 E. 1e.

⁵⁷⁹ Vgl. dazu LOPPACHER, 76 f.

oder der Vernachlässigung (Unterlassen) der Fürsorge- und Erziehungspflicht. Die Fürsorge beinhaltet das zur Verfügung stellen von Nahrung, Pflege, Unterbringung, Zuneigung sowie die Unterstützung in der Bildung, im Sport, etc. Was im Einzelfall unter dem Begriff der Erziehung zu verstehen ist, kann nicht abschliessend gesagt werden. Ebenso lässt sich dem Gesetzestext nicht entnehmen, wann die beschriebenen Fürsorge- und Erziehungspflichten verletzt sind. Damit ist es der Praxis überlassen, die Gesetzesbestimmung zu konkretisieren.⁵⁸⁰

Der tatbestandsmässige Erfolg besteht in der Gefährdung der körperlichen oder seelischen Entwicklung der minderjährigen Person (konkretes Gefährdungsdelikt). Die Möglichkeit der Gefährdung reicht nicht, vielmehr muss diese wahrscheinlich sein.⁵⁸¹ Nach LOPPACHER ist von einer Gefährdung auszugehen, wenn mehr Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich die körperliche und seelische Entwicklung des Kindes in eine von der «Norm» abweichende Richtung bewegt, als dass es Anhaltspunkte für eine «normale Entwicklung» gibt.⁵⁸² Dem ist vorbehaltlos zuzustimmen. 3.108

B) Bedeutung für das Thema

In der vorliegenden Untersuchung interessieren Fälle, in denen Eltern nicht die erforderlichen Schritte in die Wege leiten, um das gesundheitliche Wohlbefinden des Kindes zu schützen. Die Kasuistik zeigt, dass Fürsorgepflichtverletzungen neben Züchtigungsüberschreitungen (wie Schlagen, Zufügen von Verbrennungen und Verbrühungen, an den Haaren ziehen, Tritte, Schütteln, etc.) zu einem nicht unwesentlichen Teil durch Vernachlässigungen (Unterlassungen) erfolgen.⁵⁸³ Illustrativ hierfür sind nachfolgende Fälle: 3.109

- Strafbefehl des Einzelrichteramtes des Kantons Zug 3.110

Die Eltern überliessen ihre beiden Kinder (fünf- und siebenjährig) tagelang sich selbst, sie kleideten sie nicht alters- und witterungsgerecht und unterliessen die ärztliche Versorgung im Krankheitsfall. Zudem blieben die Kinder oftmals dem Schul- und Kindergartenunterricht fern. Nachdem diese

⁵⁸⁰ Kritisch dazu ECKERT, BSK StGB II, N 8 f. zu Art. 219 StGB. Seines Erachtens lässt sich die Gesetzesbestimmung nur schwer mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbaren.

⁵⁸¹ Urteil des BGer 6B_252/2008 vom 23. Juni 2008 E. 4.1; Urteil des BGer 6B_993/2008 vom 20. März 2009 E. 2.3; WEDER, StGB Komm, N 5 zu Art. 219 StGB; TRECHSEL/CHRISTENER-TRECHSEL, PraxKomm StGB, N 4 zu Art. 219 StGB.

⁵⁸² LOPPACHER, 125.

⁵⁸³ TRECHSEL/CHRISTENER-TRECHSEL, PraxKomm STGB, N 6 zu Art. 219 StGB; LOPPACHER, 173 ff.

Vorfälle über einen Zeitraum von zwei Jahren beobachtet worden waren, wurden die Eltern der Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflichten (Art. 219 Abs. 2 StGB) für schuldig gesprochen.⁵⁸⁴

3.111 • Urteil des Kreisgerichts Rorschach

Eine zum Tatzeitpunkt 21-jährige Mutter ernährte ihren Säugling ungenügend. Sie liess das Kind ohne Aufsicht zu Hause, kleidete es nicht witterungsgerecht und missachtete ausreichende Hygiene. Eine kinderärztliche Untersuchung zeigte eine wesentliche Beeinträchtigung der gesundheitlichen Entwicklung des Kleinkindes. Die Mutter wurde der fahrlässigen Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflichten (Art. 219 Abs. 2 StGB) für schuldig gesprochen.⁵⁸⁵

3.112 • Urteil des Landesgerichts Loeben, Österreich

Das Landesgericht Loeben verurteilte die Eltern eines vierjährigen Mädchens infolge Vernachlässigung der Fürsorgepflichten gegenüber einer Unmündigen zu fünf bzw. sieben Monaten Strafe bedingt. Das Mädchen litt an starkem Kariesbefall. Im Alter von zwei Jahren waren sämtliche Zähne verfault. Als es 4-jährig war, wurde eine Zahnoperation erforderlich. Aus ungeklärten Gründen verstarb das Mädchen während der Operation.⁵⁸⁶

3.113 Die drei Fallbeispiele verdeutlichen die Problematik, wonach die Vorfälle in der Regel sehr spät, wenn sich die Gefährdung bei den betroffenen Kindern bereits deutlich nachteilig manifestiert hat, aufgegriffen werden. Selbst wenn ein Einschreiten in die Privatsphäre der Familie sehr heikel ist, sind Bezugspersonen, Krippenleiterinnen, Tagesmütter, Lehrer, Kindergärtner,

⁵⁸⁴ Strafbefehl des Einzelrichteramtes Zug (Nr. 2002/3840) vom 19. März 2003; vgl. auch Kasuistik LOPPACHER, 176.

⁵⁸⁵ Urteil des Kreisgerichtes Rorschach (ST2006.3-RO1K) vom 12. Oktober 2006; vgl. auch LOPPACHER, 176.

⁵⁸⁶ Vgl. [Kleinezeitung.at](http://www.kleinezeitung.at) vom 8.11.2012, Kind nach Zahn-Op tot: Bedingte Haft für Eltern, <<http://www.kleinezeitung.at/steiermark/loeben/3461536/kind-starb-bei-zahn-op-eltern-verurteilt.story>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

Kinderärzte, etc. gefordert, der Kindeswohlgefährdung mit der erforderlichen Sensibilität zu begegnen.⁵⁸⁷

Bei der Auslegung von Art. 219 StGB ergeben sich dieselben Herausforderungen, die sich auch im zivilrechtlichen Verfahren, bei der Anordnung von Kinderschutzmassnahmen nach Art. 307 ff. ZGB stellen.⁵⁸⁸ Was seitens der Eltern zu erbringen ist, um die körperliche, geistige und sittliche Entfaltung des Kindes zu fördern und zu schützen, und wann von einer Gefährdung der körperlichen oder seelischen Entwicklung des Kindes auszugehen ist, kann auch im Zivilrecht nicht allgemeingültig gesagt werden. Daher erscheint es weder sinnvoll noch geeignet, die Verletzung von Fürsorge- und Erziehungspflichten im Gesetzestext näher zu konkretisieren. Trotzdem braucht es diesen Straftatbestand. Er hat Signalwirkung und zeigt, dass es eine Grenze gibt, die, wenn sie überschritten wird, Sanktionen nach sich zieht. Interessanterweise zeigt die Urteilsstatistik von Art. 219 StGB, dass dieser Straftatbestand in der Praxis angewandt und nicht etwa mangels Unbestimmtheit ausgeklammert wird. Seit der Neufassung des Artikels im Jahre 1990 ist eine signifikante Zunahme der Verurteilungen erkennbar. Während es zwischen 1995 und 2010 durchschnittlich zwölf Urteile pro Jahr waren, gab es seit 2010 jährlich durchschnittlich 55 Urteile.⁵⁸⁹

3.114

2. Aussetzung (Art. 127 ZGB)

A) Zum Straftatbestand

Wer eine hilflose Person, die in seiner Obhut steht oder für die er zu sorgen hat, einer Gefahr für das Leben oder einer schweren unmittelbaren Gefahr für die Gesundheit aussetzt oder in einer solchen Gefahr im Stich lässt, wird nach Art. 127 StGB, dem Straftatbestand der Aussetzung, bestraft. Zwischen dem

3.115

⁵⁸⁷ Wie schwierig es ist, den «richtigen Zeitpunkt» zu finden, zeigt sich beim Thema Übergewicht bei Kindern. Obwohl wissenschaftliche Studien belegen, dass Übergewicht in frühen Kindesjahren massiv negative Auswirkungen auf die spätere Gesundheit des Kindes haben kann, ist es äusserst schwierig, eine Grenze zu definieren, ab welcher Eltern ihre Fürsorge- und Erziehungspflicht verletzen, wenn sie der Ernährung ihrer Kinder nicht die erforderliche Beachtung schenken. Für statistische Angaben zu Übergewicht bei Kindern vgl. Neue Luzerner Zeitung vom 10. Januar 2014, 41; Bundesamt für Gesundheit, Ernährung und Bewegung, Körpergewicht, Übergewicht und Adipositas: <http://www.bag.admin.ch/themen/ernaehrung_bewegung/05207/05218/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁵⁸⁸ Vgl. Ausführungen unter Rz. 2.9 f.; LOPPACHER, 93 f.

⁵⁸⁹ Dazu ausführlich ECKERT, BSK StGB II, Kriminalstatistik zu Art. 219 StGB. Der Kriminalstatistik ist nicht zu entnehmen, wie viele Verurteilungen Eltern betroffen haben.

Täter und der betroffenen Person wird eine Garantenstellung verlangt, wobei diese bereits vor der Auslösung der Gefahr bestanden haben muss.⁵⁹⁰ Im Vergleich zur Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht nach Art. 219 StGB verlangt Art. 127 StGB nicht nur eine Gefährdung der körperlichen und physischen Integrität des Opfers, sondern eine konkrete Lebensgefahr oder eine unmittelbare Gefahr schwerer Gesundheitsschädigung. Die Gefahr kann nicht nur durch den Täter, sondern auch durch die hilflose Person selbst ausgelöst worden sein.⁵⁹¹ Die Aussetzung kann sowohl durch aktives Handeln (umschrieben als «einer Gefahr aussetzen») oder auch durch echte Unterlassung (umschrieben als «im Stich lassen») verübt werden.⁵⁹² Der subjektive Tatbestand erfordert den Gefährdungsvorsatz, wobei dolus eventualis genügt. Eine Unterlassung liegt vor, wenn der Täter mit der Möglichkeit des Gefahreneintritts sowie mit der Abwendbarkeit durch sein Handeln rechnet und sich trotzdem entschliesst, nicht zu handeln.⁵⁹³

B) Bedeutung für das Thema

- 3.116 In der Rechtsprechung finden sich einzelne Fälle, die im Bereich der vorliegenden Thematik anzusiedeln sind.
- 3.117 • BGE 6S.287/2005 vom 12. Oktober 2005
- Ein Vater geriet in Panik als sich sein zwei Monate alter Sohn beim Trinken verschluckt hatte. Er schüttelte seinen Sohn während mehreren Minuten (teilweise auch kopfüber) derart stark, dass dieser ein Subduralhämatom sowie Sprunggelenksfrakturen erlitt. Das Bundesgericht erkannte, dass das Schütteln des Säuglings unzweifelhaft eine Lebensgefahr oder zumindest eine schwere unmittelbare Gefährdung der Gesundheit des Kindes ausgelöst hatte, weshalb es den Vater der einfachen Körperverletzung (Art. 123 StGB) sowie der Aussetzung (Art. 127 StGB) für schuldig sprach.⁵⁹⁴
- 3.118 Der Straftatbestand der Aussetzung kann nicht nur durch Eltern, sondern auch durch Ärzte erfüllt werden. Vgl. dazu:

⁵⁹⁰ DONATSCH, StGB Komm, N 3 zu Art. 127 StGB; FINGERHUTH, Praxiskommentar, N 2 zu Art. 127 StGB.

⁵⁹¹ FINGERHUTH, Praxiskommentar, N 3 zu Art. 127 StGB.

⁵⁹² MAEDER, BSK StGB II, N 24 zu Art. 127 StGB.

⁵⁹³ DONATSCH, StGB Komm, N 8 zu Art. 127 StGB; FINGERHUTH, Praxiskommentar, N 7 zu Art. 127 StGB; MAEDER, BSK StGB II, N 30 zu Art. 127 StGB.

⁵⁹⁴ Vgl. Urteil des BGer 6S.287/2005 vom 12. Oktober 2005 E. 2.

- BGE 6B_40/2008 vom 20. Juni 2008

Ein Onkologe behandelte seine Patienten über einen längeren Zeitraum mit (noch) nicht zugelassenen Medikamenten. Er war der Ansicht, dass die verabreichten Substanzen eine mindestens gleichwertige Wirkung haben würden, wie die Medikamente, die aus der Standardtherapie empfohlen wurden. Das Appellationsgericht des Kt. BS sprach ihn der mehrfachen Aussetzung nach Art. 127 StGB für schuldig. Das Bundesgericht sah dies anders. Seines Erachtens durfte sich der Arzt auf seine zum Teil positiven Erfahrungen mit dem Medikament abstützen, zumal das Medikament auch in der medizinischen Fachgesellschaft auf Interesse gestossen war. Dem Onkologen könne daher weder Vorsatz noch Eventualvorsatz vorgeworfen werden.⁵⁹⁵

Im Wissen um die häufigen off-label-use Behandlungen in der Pädiatrie, der Neonatologie sowie auch der pädiatrischen Onkologie⁵⁹⁶ verdeutlicht dieser Entscheid die Gratwanderung zwischen der Therapiefreiheit des Arztes und der Pflicht, Grenzen zu respektieren und Patienten lediglich vertretbaren Risiken auszusetzen.

Erstaunlicherweise sind in der Rechtsprechung praktisch keine Fälle zu finden, in denen Eltern nach dem Straftatbestand der Aussetzung verurteilt wurden, weil sie ihr Kind durch ihr Handeln oder Unterlassen einer Gefährdung im Sinne von Art. 127 ZGB ausgesetzt haben. Hierfür dürfte es verschiedene Gründe geben: Zum einen lassen sich durch die Berechtigung des Arztes, in dringlichen Fällen gegen den Willen der Eltern zu handeln, oftmals unmittelbare Kindeswohlgefährdungen verhindern.⁵⁹⁷ Zum anderen dürfte es für den Schutz des Kindes oftmals zunächst sinnvoller sein, die Instrumente des zivilrechtlichen Kindesschutzes greifen zu lassen. 3.119

Berücksichtigt man die Diskrepanz zwischen den wenigen Verurteilungen nach Art. 127 StGB und die stetig zunehmende Zahl von Kindesschutzfällen an Schweizerischen Kinderkliniken⁵⁹⁸ stellt sich zwingend die Frage, ob die Strafverfolgung in diesem Themenbereich genügend effektiv ist. Gesamthaft gesehen und insbesondere unter dem Aspekt der abschreckenden Wirkung, wäre es durchaus begrüssenswert, wenn die beschriebenen Verhaltensweisen von Eltern vermehrt zu Strafverfolgung und damit auch zu strafrechtlichen Verurteilungen führen würden. Dies würde Ärzten, der KESB oder auch Organisationen des freiwilligen Kindes- und Jugendschutzes Gelegenheit geben, gegenüber fehlbaren Eltern auf diese Urteile zu verweisen. 3.120

⁵⁹⁵ Vgl. Urteil des BGE 6B_40/2008 vom 20. Juni 2008 E. 4.3.

⁵⁹⁶ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.97 und Rz. 4.42 f.

⁵⁹⁷ Zur dringlichen Behandlung vgl. Ausführungen unter Rz. 2.13 f.

⁵⁹⁸ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 5.20 f.

3. Körperverletzungsdelikte (Art. 122 StGB/ Art. 123 StGB/Art. 125 StGB)

A) Schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB)

- 3.121 Der Straftatbestand der schweren Körperverletzung setzt eine «unmittelbare Gefahr, welche die Möglichkeit des Todes zur ernstlichen und dringenden Wahrscheinlichkeit macht» (Abs. 1),⁵⁹⁹ die Verletzung bzw. Unbrauchbarmachung wichtiger Glieder oder Organe (Abs. 2) oder eine schwere Schädigung des Körpers, der körperlichen oder geistigen Gesundheit (Abs. 3) voraus.⁶⁰⁰ Auf der subjektiven Seite ist Vorsatz gefordert, wobei der Straftatbestand auch durch eventualvorsätzliches Handeln erfüllt werden kann.⁶⁰¹

B) Einfache Körperverletzung (Art. 123 StGB)

- 3.122 Art. 123 Abs. 1 StGB erfasst als Grundtatbestand diejenigen Körperverletzungen, die nicht unter Art. 122 StGB fallen, allerdings mehr als bloße Tötlichkeiten (Art. 126 StGB) darstellen.⁶⁰² Die einfache Körperverletzung verlangt eine Beeinträchtigung der körperlichen Integrität, die eine gewisse Behandlung und Heilungszeit erfordert. Darunter sind beispielsweise unkomplizierte Knochenbrüche, Hirnerschütterungen, Quetschungen mit Blutergüssen und Schürfungen zu zählen.⁶⁰³ Art. 123 Abs. 1 StGB umfasst neben der Verletzung der körperlichen Integrität auch die Verschlimmerung einer bereits vorliegenden körperlichen Beeinträchtigung sowie das Verzögern ihrer Heilung.⁶⁰⁴ Die qualifizierte Form der einfachen Körperverletzung (Abs. 2 StGB) beinhaltet ein besonders gefährliches oder verwerfliches Vorgehen und wird im Gegensatz zu Art. 123 Abs. 1 StGB von Amtes wegen verfolgt. Von einer qualifizierten Form wird ausgegangen, wenn die Tat an einer wehrlosen Person oder an einer Person, die in der Obhut des Täters steht oder für die dieser zu sorgen hat, ausgeübt wird.⁶⁰⁵

⁵⁹⁹ DONATSCH, StGB Komm, N 8 zu Art. 122 StGB.

⁶⁰⁰ Art. 122 Abs. 3 StGB gilt in der Literatur als Generalklausel für Schädigungen, deren Schwere gleichzusetzen ist mit Art. 122 Abs. 1 und 2 StGB. Vgl. DONATSCH, StGB Komm, N 15 zu Art. 122 StGB; FINGERHUTH, Praxiskommentar, N 9 zu Art. 122 StGB.

⁶⁰¹ ROTH/BERKEMEIER, BSK StGB, N 25 zu Art. 122 StGB.

⁶⁰² FINGERHUTH, Praxiskommentar, N 2 zu Art. 123 StGB.

⁶⁰³ ROTH/BERKEMEIER, BSK StGB, N 4 zu Art. 123 StGB; FINGERHUTH, Praxiskommentar, N 2 zu Art. 123 StGB.

⁶⁰⁴ DONATSCH, StGB Komm, N 2 zu Art. 123 StGB.

⁶⁰⁵ FINGERHUTH, Praxiskommentar, N 9 und 10 zu Art. 123 StGB.

C) Fahrlässige Körperverletzung (Art. 125 StGB)

Der Straftatbestand der fahrlässigen Körperverletzung knüpft im objektiven Straftatbestand an die Voraussetzungen der einfachen Körperverletzung (vgl. Art. 125 Abs. 1 StGB) bzw. der schweren Körperverletzung (Art. 125 Abs. 2 StGB) an.⁶⁰⁶ Die fahrlässige einfache Körperverletzung wird nur auf Antrag verfolgt. Dies im Gegensatz zu Art. 125 Abs. 2 StGB, wonach bei Vorliegen der Qualifikationsmerkmale der schweren Körperverletzung der Täter von Amtes wegen verfolgt wird. Die Fahrlässigkeit richtet sich nach der allgemeinen Umschreibung in Art. 12 Abs. 3 StGB. Demnach handelt ein Täter fahrlässig, wenn er die Folgen seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. 3.123

D) Bedeutung für das Thema

In der Rechtsprechung finden sich zum einen Körperverletzungsdelikte an Kindern, die durch aktives Handeln verübt wurden. Zum anderen stehen im Zusammenhang mit gesundheitlichen Fragestellungen und der Grenze elterlichen bzw. ärztlichen Handelns hauptsächlich Körperverletzungsdelikte durch Unterlassen im Vordergrund: 3.124

- Entscheid des Kreisgerichts Werdenberg-Sarganserland

Das Kreisgericht Werdenberg – Sarganserland sprach die Eltern eines siebenjährigen Knaben der vorsätzlichen schweren Körperverletzung für schuldig. Die Eltern hatten ihren Sohn seit Geburt ausschliesslich vegan ernährt. Im Alter von sieben Jahren war der Knabe nicht mehr in der Lage, ohne Hilfe zu gehen, hatte Mühe mit dem Herzkreislauf-System und litt unter irreversiblen neurologischen Schädigungen.⁶⁰⁷

- Fall Olivia Pilhar, Wien

Das Wiener Oberlandgericht verurteilte die Eltern eines zum Tatzeitpunkt sechsjährigen Mädchens namens Olivia, wegen fahrlässiger Körperverletzung und Entziehung eines Unmündigen aus der Macht des

⁶⁰⁶ DONATSCH, StGB Komm, N 1 zu Art. 125 StGB.

⁶⁰⁷ Der Entscheid des Kreisgerichts Werdenberg-Sarganserland (ST.20103932) vom 18./19. Mai 2011 zeigt die massiven Auswirkungen, die elterliches Fehlverhalten auf die Gesundheit des Kindes haben kann. Dieser Entscheid ist betreffend der Einstufung als schwere Körperverletzung zu begrüssen, allerdings ist nicht nachvollziehbar, weshalb das Verhalten der Eltern nicht zusätzlich auch noch als Fürsorgepflichtverletzung (Art. 219 StGB) eingestuft wurde. Obwohl die Eltern über die Konsequenzen der Fehlernährung informiert waren, führten sie die einseitige Ernährungsform über Jahre weiter (Art. 219 StGB steht in echter Konkurrenz zu Art. 122 StGB).

Erziehungsberechtigten. Die Eltern waren mit ihrer Tochter, bei der ein Wilms Tumor⁶⁰⁸ diagnostiziert worden war, nach Spanien geflohen, um sie dort von einem Geistheiler heilen zu lassen. Nachdem sich das Mädchen in einem lebensgefährlichen Zustand befand, wurde es schliesslich von der zuständigen Behörde zurück nach Wien gebracht, wo mit der Chemotherapie begonnen wurde und das Mädchen schliesslich gerettet werden konnte.⁶⁰⁹

- 3.125 Im Gegensatz zu Art. 127 StGB (Aussetzung) und Art. 219 StGB (Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht), wird bei den Körperverletzungsdelikten im objektiven Tatbestand die Unterlassung nicht angesprochen. Daher sind die Voraussetzungen zur Erfüllung des unechten Unterlassungsdelikts heranzuziehen. Nach der Formulierung des Bundesgerichts liegt ein unechtes Unterlassungsdelikt vor, «wenn wenigstens die Herbeiführung des Erfolges durch Tun ausdrücklich mit Strafe bedroht wird, der Beschuldigte durch sein Tun den Erfolg tatsächlich hätte abwenden können und infolge seiner besonderen Rechtsstellung dazu auch so sehr verpflichtet war, dass die Unterlassung der Erfolgsherbeiführung durch aktives Handeln gleichwertig erscheint (...). Eine derartige Garantenstellung besteht insbesondere für den Täter, der, kraft seiner besonderen Rechtsstellung die Person vor der, dieser drohenden Gefahr hätte schützen müssen.»⁶¹⁰

Zur Bejahung der Strafbarkeit der Eltern nach Art. 122 StGB, Art. 123 StGB oder Art. 125 StGB durch Unterlassen, müssten folgende Fragen bejaht werden können:⁶¹¹

- Besteht ein tatbestandsmässiger Erfolg im Sinne von Art. 122 StGB, Art. 123 StGB oder Art. 125 StGB?
- Lag eine Situation vor, in der ein durch Art. 122, Art. 123 oder Art. 125 StGB geschütztes Rechtsgut gefährdet war und waren sich die Eltern dessen bewusst?
- Wäre der Erfolg bei pflichtgemäsem Verhalten der Eltern abgewendet worden (Kausalität) und waren sich die Eltern bewusst, dass der Erfolg bei Vornahme der Handlung hätte abgewendet werden können?

⁶⁰⁸ Maligner, meist einseitig auftretender, zunächst verdrängend wachsender embryonaler Tumor der kindlichen Niere. Bei frühzeitiger Diagnose bestehen heute Heilungschancen bis zu 90%. Vgl. dazu Pschyrembel, klinisches Wörterbuch online: <<http://www.degruyter.com.ezproxy.unilu.ch/view/kw/4409731?language>>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁶⁰⁹ Vgl. dazu Spiegel, Nr. 32/1995, «Kampf der Stärksten», 154 ff.

⁶¹⁰ BGE 113 IV 72 E. 5a.

⁶¹¹ Vgl. Frageschema TRECHSEL, 242; SEELMANN, Allgemeiner Teil, 102.

- Wiegt das Unterlassen der Handlung in etwa gleich schwer, wie wenn der Erfolg durch aktives Handeln verübt worden wäre (Gleichwertigkeit)?

II. Fazit und Ausblick

Die Straftatbestände des strafrechtlichen Kindesschutzes bilden einen unabdingbaren Grundpfeiler des schweizerischen Kindesschutzsystems. Staatliche Sanktionen sollten abschreckend wirken und dadurch das Ziel verfolgen, Kinder zu schützen. Hierfür bildet der zivilrechtliche Kindesschutz die Basis. Sind derartige Interventionen (noch) nicht zielführend, ist es die zwingende Aufgabe des Staates einzugreifen und klar darzulegen, dass derartige Verhaltensweisen nicht toleriert werden können. Strafrechtliche Urteile gegen die Eltern sind gesamthaft gesehen und insbesondere unter dem Aspekt der abschreckenden Wirkung durchaus sinnvoll. Werden strafrechtliche Sanktionen neben zivilrechtlichen Massnahmen ausgesprochen, ist ein Zusammenwirken der involvierten Behörden wichtig.⁶¹² 3.126

Bis wohin die Vernachlässigung von Erziehungs- und Fürsorgepflichten noch zu akzeptieren sind und wann eine Toleranzschwelle überschritten wird, die eine Strafbarkeit auslöst, ist in der Praxis zu klären, wodurch sich unterschiedliche Beurteilungen im gerichtlichen Instanzenzug ergeben können.⁶¹³ Nicht selten wird zu lange zugewartet. Auch in diesem Zusammenhang bedarf es eines Zusammenwirkens und einer Koordination der beteiligten Akteure.⁶¹⁴ 3.127

⁶¹² Vgl. dazu auch LOPPACHER, 200 ff.; FASSBIND, Elterliche Personensorge, 385 ff. plädiert für eine Stufenfolge von zivil- und strafrechtlichen Eingriffsmöglichkeiten. Die Reaktion der Vormundschaftsbehörde (recte: KESB) als Reaktion auf elterliche Gewalt in Form von Tätlichkeiten sollte seines Erachtens wie folgt aussehen: In einer ersten Stufe spricht die KESB eine Mahnung nach Art. 307 Abs. 3 ZGB aus, in einer zweiten Stufe erfolgt eine Weisung unter Androhung von Straffolgen nach Art. 292 StGB und in der dritten Stufe erfolgt eine Strafanzeige.

⁶¹³ Vgl. etwa Urteil des BGer 6B_40/2008 vom 20. Juni 2008. In diesem Urteil sprach das Bundesgericht einen Onkologen (entgegen der Vorinstanz, jedoch im Einklang mit dem erstinstanzlichen Gericht) von der mehrfachen (eventualvorsätzlichen) Aussetzung (Art. 127 StGB) frei. Dem Onkologen war vorgeworfen worden, die Gefährdung von mehreren Patienten in Kauf genommen zu haben, indem er sie abweichend von der Standardtherapie mit noch nicht zugelassenen Substanzen behandelt hatte. Siehe auch Urteil des Obergerichts Zürich (SB100517) vom 23. Oktober 2012 zur Verletzung von Fürsorge- und Erziehungspflichten einer Mutter, deren Tochter von ihrem früheren Lebenspartner sexuell missbraucht wurde.

⁶¹⁴ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 5.85 ff.

- 3.128 Sorgfältige Abklärung, Unterstützung und Kooperation von Behörden ist auch angezeigt, wenn Eltern aufgrund ihres Konfliktverhaltens unter sich oder gegenüber Dritten in Strafverfahren verwickelt sind. Als positives Beispiel zu nennen ist das im Kanton Bern gestartete Pilotprojekt «Kindesschutz bei häuslicher Gewalt». Das Projekt zielt darauf ab, Behörden und Institutionen in standardisierter Form über den Kindesschutz bei häuslicher Gewalt zu informieren, zu sensibilisieren und die interdisziplinäre Zusammenarbeit zu verbessern und zu stärken. Durch dieses Projekt soll eine solide Basis für eine bedarfsgerechte Beratung und Unterstützung von mitbetroffenen Kindern aufgebaut werden.⁶¹⁵

4. Kapitel: Haftung der Eltern für erzieherisches Fehlverhalten

I. Problemstellung

- 3.129 Erziehung ist grundsätzlich Privatsache. Sie gilt als Teil des Persönlichkeitsrechts der Eltern und ist als solches auch als Grund- und Menschenrecht anerkannt.⁶¹⁶ Wie aufgezeigt wurde, wird Erziehung auch als eine «persönlichkeitsadäquate Förderung der körperlichen, geistigen und sittlichen Entfaltung des Kindes» umschrieben.⁶¹⁷ Schädigen die Eltern ihr Kind aus Pflichtvergessenheit, drängt sich die Frage auf, ob sie für ihr erzieherisches Fehlverhalten belangbar sind. Obwohl diese Thematik in der Rechtsprechung kaum Bedeutung hat und in der Lehre nur von wenigen Autoren aufgegriffen wird,⁶¹⁸ ist sie für die vorliegende Untersuchung von Interesse. Dies, da die elterliche Erziehung auch den Schutz der Gesundheit des Kindes beinhaltet.
- 3.130 Die Haftungsfrage stellt sich im vorliegenden Kontext beispielsweise dann, wenn Eltern notwendige ärztliche Untersuchungen und Therapien des Kindes unterlassen oder im Gegenzug unnötige Behandlungen fordern und das Kind dadurch einen wirtschaftlichen Schaden erleidet. Ebenso kann sich die Frage der Verantwortlichkeit stellen, wenn Eltern ihr Kind physisch oder psychisch misshandeln oder speziell ernähren und das Kind dadurch irreversible gesundheitliche Schädigungen erleidet und langfristig gesehen in seinem beruflichen Fortkommen eingeschränkt ist.⁶¹⁹ Nachfolgend soll untersucht

⁶¹⁵ Schlussbericht Pilotprojekt Kindesschutz bei häuslicher Gewalt, III ff.; zum Kindesschutz und häuslicher Gewalt siehe auch LIPS, Leitfaden, 13.

⁶¹⁶ Vgl. Ausführungen unter Rz. 2.2 ff.

⁶¹⁷ Vgl. Ausführungen unter Rz. 2.6 ff.

⁶¹⁸ Als Ausnahmen zu nennen sind GUILLOD, responsabilité civile, 262 ff.; SCHÖBI, 97 ff.; HEGNAUER, Elternhaftung, 167, 168 ff.

⁶¹⁹ Vgl. dazu Fallbeispiel zur veganen Ernährung unter Rz. 1.11 f.

werden, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen Eltern für ihr erzieherisches Verhalten, das der Gesundheit des Kindes geschadet hat, haftbar gemacht werden können.

II. Grundsatz der Elternhaftung

1. Anspruchsgrundlage aus dem Familienrecht?

Der Inhalt der elterlichen Sorge wird in Art. 301 – Art. 306 ZGB umschrieben. Konkrete Haftungsfolgen für den Fall, dass die Eltern ihre Pflichten ungenügend wahrnehmen, sind den familienrechtlichen Bestimmungen nicht zu entnehmen. Nur unter den Bestimmungen zum Kindesvermögen findet sich eine Norm zur Verantwortlichkeit der Eltern (vgl. Art. 327 ZGB). Diese Norm beschränkt sich auf die Haftung für die Verwaltung des Kindesvermögens⁶²⁰ und bildet daher keine Rechtsgrundlage für die Haftung der Eltern für erzieherisches Fehlverhalten. Die Haftung des Familienhauptes nach Art. 333 Abs. 1 ZGB geht von einer schädigenden Handlung eines Minderjährigen oder geistig behinderten Hausgenossen gegenüber einer Drittperson aus. Da vorliegend die schädigende Handlung der Eltern und der Schaden bei der minderjährigen Person selbst zur Diskussion stehen, ist Art. 333 Abs. 1 ZGB nicht anwendbar. Im Vergleich dazu ist die Verantwortlichkeit der KESB, die die Aufgabe der Eltern im Bedarfsfall übernimmt, gesetzlich geregelt.⁶²¹ Kurz zusammengefasst, besteht im Familienrecht keine spezielle Haftungsnorm, wonach Eltern für ihr erzieherisches Fehlverhalten mit schädigenden Auswirkungen auf das Kind zur Verantwortung gezogen werden könnten.⁶²² 3.131

2. Haftung nach Art. 41 ff. OR?

A) Allgemeines

Das Schweigen des Gesetzgebers zur Haftung der Eltern für erzieherisches Fehlverhalten wird in der Lehre unterschiedlich interpretiert. Für einen Teil der Lehre bedeutet dieses Schweigen die grundsätzliche Verneinung der 3.132

⁶²⁰ BIDERBOST, HandKomm, N 6 zu Art. 326–327 ZGB. Hinsichtlich der Verantwortlichkeit wird auf die auftragsrechtlichen Haftungsnormen (Art. 398 OR) und dort wiederum auf das Mass der Sorgfalt im Arbeitsrecht (Art. 321e Abs. 2 OR) verwiesen. Siehe auch HEGNAUER, Elternhaftung, 167, 169.

⁶²¹ BREITSCHMID, HandKomm, N 7 ff. zu Art. 454–456 ZGB. Ersatzansprüche richten sich nach dem geltenden Recht an den Kanton (Kausalhaftung). Basis für einen Regress auf die fehlbare Person bildet das kantonale Haftungsrecht. Vgl. dazu auch Ausführungen unter Rz. 3.101 f.

⁶²² So auch FASSBIND, Elterliche Personensorge, 317; TSCHÜMPERLIN, 321; HEGNAUER, Elternhaftung, 167, 169; SCHÖBLI, 97, 98.

Erziehungshaftung. Zum einen wird damit argumentiert, dass die Erziehung des Kindes nicht den Charakter einer Obligation habe und daher weder einklagbar sei noch zu einem Anspruch auf Schadenersatz bei Nicht- oder Schlechterfüllung berechtige.⁶²³ Zum anderen müssten Eltern, dem durch sie geschädigten Kind ohnehin Unterhalt bis zur Mündigkeit bzw. bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung bezahlen (Art. 276 ff. ZGB) und würden dadurch bereits ausreichend zur Verantwortung gezogen. Darüber hinaus seien sie möglicherweise auf Grundlage der Verwandtenunterstützung belangbar (vgl. Art. 328 ZGB).⁶²⁴ Ein anderer Teil der Lehre befürwortet eine Haftung nach Art. 41 ff. OR.⁶²⁵ Verschiedentlich wird jedoch geltend gemacht, dass das Mass der Haftung nach der besonderen Natur des Geschäftes milder zu beurteilen sei.⁶²⁶ Das Bundesgericht hat sich, soweit ersichtlich, lediglich im Zusammenhang mit strafrechtlichen Verfahren, z.B. bei Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht nach Art. 219 StGB mit der Haftung für erzieherisches Fehlverhalten auseinandergesetzt.⁶²⁷ Die Anwendbarkeit der allgemeinen Haftungsgrundsätze für innerfamiliäre Schadenszufügungen hat das Bundesgericht allerdings grundsätzlich bejaht.⁶²⁸

- 3.133 Die prinzipielle Verantwortlichkeit der Eltern für erzieherisches Fehlverhalten auf Grundlage von Art. 41 ff. OR vermag aus nachfolgenden Gründen zu überzeugen. Zunächst ist nicht einzusehen, weshalb Eltern für zugefügten Schaden (durch aktives Tun oder Unterlassen) bei einem eigenen Kind anders bzw. besser als Dritte behandelt werden müssten. Zudem überzeugt das Argument, wonach die Eltern ohnehin für den Unterhalt des Kindes aufzukommen hätten, nicht. Die elterliche Unterstützungspflicht umfasst lediglich die laufenden anstehenden Kosten. Der wirtschaftliche Nachteil des Kindes (z.B. Erwerbsausfall durch erschwertes berufliches Fortkommen) wird demgegenüber nicht berücksichtigt. Ebenso beinhalten die elterliche Unterstützungspflicht sowie die Verwandtenunterstützungspflicht keinen

⁶²³ TSCHÜMPERLIN, 313 f.; HEGNAUER, Elternhaftung, 167, 170 f.

⁶²⁴ HEGNAUER, Elternhaftung, 167, 170 f.

⁶²⁵ OFTINGER/STARK, Rz. 74 zu § 22; FASSBIND, Elterliche Personensorge, 317 f.; SCHÖBI, 97, 99; GUILLOD, responsabilité civile, 264; LANDOLT, Familienhaftung, 185, 202.

⁶²⁶ SCHÖBI, 97, 104; LANDOLT, Familienhaftung, 185, 202.

⁶²⁷ Urteil des BGer 6B_124/2013 vom 10. Juni 2013 E. 3; Urteil des BGer 6B_993/2008 vom 20. März 2009 E. 3 f.; Entscheid des Zürcher Obergerichts (SB 100517) vom 23. Oktober 2012.

⁶²⁸ Das Bundesgericht hat die prinzipielle Haftung der Angehörigen bestätigt. Vgl. dazu BGE 117 II 609 E. 4c/bb. Bei der Zusprechung einer Genugtuung im innerfamiliären Bereich ist nach Ansicht des Bundesgerichts grundsätzlich Zurückhaltung zu üben. Vgl. BGE 115 II 156 E. 2.a; zur Angehörigenhaftung vgl. LANDOLT, Angehörigenschaden, 3, 4 ff.

Ausgleich für immateriellen Unbill (Genugtuung). Obwohl es nach dem Gesagten verschiedene Gründe gibt, grundsätzlich von der elterlichen Erziehungshaftung auszugehen, wird sich diese – wie sogleich aufgezeigt werden soll – lediglich in Einzelfällen durchsetzen lassen.

B) Haftungsvoraussetzungen

Nicht anders als gegenüber einer Drittperson muss das betroffene Kind für eine Verschuldenshaftung der Eltern die vier Haftungsvoraussetzungen (Schaden, Widerrechtlichkeit, Kausalität und Verschulden) nachweisen.⁶²⁹ Die Haftung der Eltern setzt demnach voraus, dass der beim Kind eingetretene (materielle oder immaterielle) Schaden, durch ihr widerrechtliches, schuldhaftes Verhalten (Aktives Tun oder Unterlassen) eingetreten ist. Wie sich unschwer nachvollziehen lässt, gestaltet sich der Nachweis dieser Haftungsvoraussetzungen bei Verdacht auf erzieherisches Fehlverhalten, herausfordernd. Konkret ergeben sich folgende Fragen:

- Wann führt eine physische oder psychische Beeinträchtigung bei einem Kind zu einem Vermögensschaden (z.B. infolge eingeschränkter beruflicher Entwicklungsmöglichkeiten), der als Schaden im Sinne von Art. 41 ff. OR zu werten ist? 3.135

Hinsichtlich der Voraussetzung des Vermögensschadens ist zu bedenken, dass sich die langfristigen Auswirkungen elterlichen Fehlverhaltens auf die physische und psychische Gesundheit des Kindes, in vielen Fällen erst im Erwachsenenalter manifestieren. Solange ein betroffenes Kind minderjährig ist, wird es daher in der Regel schwierig sein, den Nachweis für den eingetretenen Schaden zu erbringen.

- Ist das Handeln oder Unterlassen der Eltern für die gesundheitliche Beeinträchtigung des Kindes kausal? 3.136

Illustrativ zeigt sich die Schwierigkeit des Kausalitätsnachweises bei Kindern, die an einer chronischen Erkrankung leiden. Wurde beispielsweise ein Kind mit

⁶²⁹ Art. 41 Abs. 1 OR.

der Diagnose Zystische Fibrose⁶³⁰ trotz ärztlichen Empfehlungen unzureichend therapiert und ist es in seiner Lernfähigkeit sowie seinem beruflichen Fortkommen beeinträchtigt, kann sich die Frage stellen, ob Eltern hierfür zur Verantwortung gezogen werden können. Zur Bejahung der adäquaten Kausalität müsste nachgewiesen werden, dass kooperierendes Handeln der Eltern den beim Kind eingetretenen Schaden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte. Dieser Nachweis wird in der Regel kaum zu erbringen sein, da die vorerwähnte Grunderkrankung bzw. auch andere chronische Erkrankungen selbst bei Durchführung der Therapie zu Beeinträchtigungen der Gesundheit und zu Einschränkungen der beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten führen können.

- 3.137 • Wann ist die körperliche oder psychische Beeinträchtigung des Kindes derart einschränkend, dass ein Ausgleich für immaterielle Unbill in Form eines Genugtuungsanspruches (Art. 49 OR) angenommen werden müsste?
- 3.138 Abgesehen von den erwähnten Herausforderungen im Erbringen der Haftungsvoraussetzungen Schaden und Kausalität, liegt der eigentliche Knackpunkt der Erziehungshaftung im Nachweis der Widerrechtlichkeit.⁶³¹ Ist die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit erfüllt, lässt sich aus der festgestellten Pflichtverletzung auch das Verschulden bejahen (Objektivierung des Verschuldensbegriffs). Der nachfolgende Abschnitt ist daher der Widerrechtlichkeit gewidmet.

C) Zur Problematik der Widerrechtlichkeit

- 3.139 In Übereinstimmung mit der wohl herrschenden Lehre wird vorliegend davon ausgegangen, dass die Widerrechtlichkeit ausschliesslich als Verhaltensunrecht

⁶³⁰ Die Zystische Fibrose ist eine angeborene Stoffwechselstörung, bei der die normale Funktion der Lunge beeinträchtigt wird. Durch die Erkrankung bildet sich in der Lunge zähflüssiger Schleim, der nur erschwert abgehustet werden kann und zu häufigen und schweren Infektionen der Atemwege mit nachfolgenden Vernarbungen des Lungengewebes führt. Durch eine gezielte Behandlung (Atemphysiotherapie, Inhalationstherapie, Ernährung, etc.) kann die Lebensqualität und Lebenserwartung deutlich erhöht werden. Vgl. dazu Lungenliga Schweiz, <<http://www.lungenliga.ch/de/krankheiten/cystische-fibrose/was-ist-die-cystische-fibrose.html>>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁶³¹ Ebenso SCHÖBI, 97, 102; a.M. HEGNAUER, Elternhaftung, 167, 171, für welchen die Erziehung nicht Gegenstand einer Obligation ist, weshalb deren Verletzung auch keine Klage auf Erfüllung oder Schadenersatz auslösen kann.

zu verstehen ist.⁶³² Folglich bedarf es zur Erfüllung des Widerrechtlichkeitsbegriffs – auch bei Vorliegen der Verletzung eines absoluten Rechts, wie der körperlichen und psychischen Integrität des Kindes – die Verletzung einer Verhaltensnorm. Konkret stellt sich daher die Frage, welche Bestimmungen des Zivilrechts als Schutznormen für die Erziehung des Kindes heranzuziehen sind und ob sich diese hinsichtlich des Schutzes der Gesundheit und dem Wohlbefinden des Kindes genügend klar bestimmen lassen. Als mögliche Schutznormen für die Umschreibung des gesundheitlichen Wohlbefindens des Kindes werden in der Lehre Art. 28 ZGB, Art. 272 ZGB und Art. 301 – 303 ZGB genannt, wobei über deren Schutznorm-Charakter diskutiert wird.⁶³³

Betrachtet man Art. 272 ZGB oder Art. 301–303 ZGB als Schutznormen, ist zu ergründen, wann elterliche Verhaltensweisen die körperliche, geistige und sittliche Entfaltung des Kindes nicht mehr fördern und schützen. Diese Frage kann in der Regel nur bei offensichtlichem Fehlverhalten, wie beispielsweise bei strafrechtlich relevantem Verhalten der Eltern gegenüber ihren Kindern eindeutig beantwortet werden. Bei weniger offensichtlichem Fehlverhalten wird der Nachweis der Widerrechtlichkeit schwierig. 3.140

Die Problematik zeigt sich beispielsweise wenn Kinder vernachlässigt werden oder Eltern aus ideologischen oder weltanschaulichen Gründen schulmedizinische Behandlungen verweigern. Ebenso kann sich die Frage stellen, ob Eltern zur Verantwortung gezogen werden können, wenn sie das Bestehen einer schweren Erbkrankheit bei ihrem Kind nicht abklären lassen und das Kind dadurch irreversible physische Beeinträchtigungen erleidet, die bei frühzeitiger Diagnose hätten vermieden werden können. Oder handeln Eltern widerrechtlich, wenn sie bei einem Kind mutwillig empfohlene Therapien vernachlässigen und das Kind dadurch in seiner Lernfähigkeit und seinem beruflichen Fortkommen einschränken? Wie ist die Situation zu beurteilen, wenn Eltern ihr Kind aus wohlüberlegten Gründen nicht impfen? Wann überschreiten die Eltern in diesen Fällen eine Grenze, die sich nicht mehr mit dem Wohl des Kindes vereinbaren lässt? 3.141

Zu den anerkannten Teilbereichen des Persönlichkeitsrechts nach Art. 28 ZGB zählt der Schutz der physischen und der affektiven (emotionalen) Persönlichkeit.⁶³⁴ Beeinträchtigungen der Gesundheit eines Kindes können 3.142

⁶³² Zur Kritik an der Lehre vom Erfolgsunrecht vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 312 ff. zu § 2; SCHWENZER, Obligationenrecht, Rz. 50.04 ff.; ROBERTO, Rz. 262 ff; WERRO, 366 f.

⁶³³ TSCHÜMPERLIN, Elterliche Gewalt, 95 ff.; FASSBIND, Elterliche Personensorge, 317; SCHÖBI, 97, 101; HEGNAUER, Elternhaftung, 167, 171.

⁶³⁴ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 12.41.

daher grundsätzlich auch als Persönlichkeitsverletzung gewertet werden. Folglich ist Art. 28 ZGB als weitere Schutznorm zur Ergründung von widerrechtlichem Erziehungsverhalten anzusehen. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Wirkung des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 27/28 ff. ZGB grundsätzlich negatorischer Natur ist. Im Vordergrund der Bestimmungen stehen die Abwehrrechte, nicht jedoch ein positiver Anspruch auf Persönlichkeitsentfaltung.⁶³⁵ Allerdings stellt sich die Frage, ob Eltern hier – ähnlich wie im Strafrecht – eine Garantenstellung haben und daher auch zu positivem Tun verpflichtet sind.⁶³⁶

- 3.143 Kann das Verhalten der Eltern als widerrechtlich eingestuft werden, lässt sich aus der festgestellten Pflichtverletzung auch das Verschulden bejahen (Objektivierung des Verschuldensbegriffs).⁶³⁷ Bei Bejahung der übrigen Haftungsvoraussetzung (Schaden und Kausalität), ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob sich die Eltern für ihr pflichtwidriges Handeln oder Unterlassen auf einen Rechtfertigungsgrund berufen können.

D) Rechtfertigungsgründe und die Frage nach überwiegenden privaten Interessen

- 3.144 Bei Vorliegen einer rechtfertigenden Sachlage entfällt die Widerrechtlichkeit der Verletzung und der Verursacher wird davon entlastet, für die finanziellen Folgen des Schadens aufzukommen.⁶³⁸ Hinsichtlich der einzelnen

⁶³⁵ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 10.20, Rz. 12.08.

⁶³⁶ Illustrativ hierfür BGE 134 III 241 E. 5.3.1. Das Urteil bezieht sich auf das Recht eines (volljährigen) ehelichen Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung und die Mitwirkungspflicht des zivilrechtlich eingetragenen Vaters zur Feststellung der biologischen Vaterschaft. Das Bundesgericht leitet den Anspruch auf Erforschung der eigenen Herkunft aus dem Persönlichkeitsrecht ab. In Kombination mit der zwischen Eltern und Kindern bestehenden Beistandspflicht (Art. 272 ZGB), kann sich das Kind zur Geltendmachung seines Anspruches auf die Mitwirkung zur Klärung der eigenen Abstammung auf Art. 28 ZGB berufen. Vgl. dazu auch Urteil des EGMR Jäggi Andreas gegen Suisse (58757/OO) vom 13. Juli 2006; sowie AEBI-MÜLLER, Meilenstein, Rz. 6, nach welcher der Grundsatz, wonach sich der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz normalerweise auf ein Abwehrrecht bezieht, im Verhältnis zwischen Eltern und Kind infolge der gegenseitigen Beistandspflicht nach Art. 272 ZGB gerade nicht gilt.

⁶³⁷ Dies jedenfalls dann, wenn der Lehre des Verhaltensunrechts gefolgt wird. Vgl. hierzu Ausführungen unter Rz. 3.139. Auf eine vertiefte Auseinandersetzung zur Objektivierung und Subjektivierung des Verschuldensbegriffs wird vorliegend verzichtet. Siehe hierfür FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 532 ff. zu § 3; SCHWENZER, Obligationenrecht, Rz. 22.20 f.

⁶³⁸ FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 350 zu § 2.

Rechtfertigungsgründe ist danach zu differenzieren, um welche Art der Verletzung es sich handelt. Bei Erfüllung des Widerrechtlichkeitsbegriffs durch die Verletzung einer Schutznorm im Sinne von Art. 41 OR erwähnt das Gesetz die Rechtfertigungsgründe: Notwehr, Notstand und Selbsthilfe (Art. 52 OR). Daneben sind privatrechtliche Befugnisse, wie beispielsweise das Erziehungsrecht der Eltern (Art. 301 ff. ZGB) als Rechtfertigungsgrund für eine Einschränkung der Freiheit des Kindes anerkannt.⁶³⁹

Da Notwehr-, Notstands- und Selbsthilfesituationen im Zusammenhang mit der Frage nach einem rechtmässigem elterlichen Erziehungsverhalten nicht von Belang sind, verbleiben als möglicher Rechtfertigungsgrund einzig die privatrechtlichen Befugnisse, im Sinne des elterlichen Weisungs- und Erziehungsrechts nach Art. 301 ff. ZGB.

Ist die elterliche Verhaltensweise als widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB einzustufen, sind nach Art. 28 Abs. 2 ZGB: 3.145

- die Einwilligung des Verletzten,
- überwiegende öffentliche oder private Interessen sowie
- das Gesetz

als mögliche Rechtfertigungsgründe zu nennen. Da Art. 28 ZGB darauf ausgerichtet ist, den Schutz vor Angriffen von Privaten zu gewährleisten, sind lediglich privatrechtliche Spezialnormen von Bedeutung. Als Beispiel für eine privatrechtliche Spezialnorm ist wiederum das elterliche Weisungs- und Erziehungsrecht nach Art. 301 ff. ZGB zu nennen.⁶⁴⁰ Im Rahmen der sich stellenden Frage nach dem rechtmässigen elterlichen Erziehungsverhalten entfällt mangels Urteilsfähigkeit des Kindes in der Regel der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung des Verletzten. Damit sind bei einer Persönlichkeitsverletzung des Kindes (Beeinträchtigung der physischen und/oder psychischen Integrität) durch die Eltern lediglich

- die überwiegenden privaten Interessen der Eltern oder
- das Weisungs- und Erziehungsrecht der Eltern nach Art. 301 ff. ZGB

als mögliche Rechtfertigungsgründe von Belang.

Was aber sind überwiegende private Interessen der Eltern? Haben Eltern höherrangige Rechte, die über den Rechten des Kindes auf physische und psychische Integrität stehen? Welche Antwort man auch immer gibt, letztlich 3.146

⁶³⁹ SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, N 7 ff. zu Art. 301 ZGB; SCHWENZER, Obligationenrecht, Rz. 50.35; FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 350 zu § 2.

⁶⁴⁰ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 12.15, 12.38.

bedarf es einer Interessen- und Rechtsgüterabwägung zwischen den Grund- und Persönlichkeitsrechten der Eltern und denjenigen des Kindes.⁶⁴¹

- 3.147 Verweigern Eltern medizinische Behandlungen ihres Kindes stehen sich in der Interessenabwägung das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit des Kindes und das Recht der Eltern auf Ausübung ihrer persönlichen Freiheit (Art. 10 BV), das Recht auf Schutz und Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 13 BV) oder das Recht auf Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) gegenüber.⁶⁴² Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung ist es unabdingbar, die aktuelle Gesundheitssituation des Kindes, die voraussichtlichen Erfolgchancen bei Durchführung sowie auch die Risiken bei Unterlassen der Behandlung in die Beurteilung mit einzubeziehen. Nach der hier vertretenen Ansicht lässt sich lediglich in annähernd klaren Ausgangslagen, bei lebensnotwendigen Behandlungen des Kindes, wenn eine Unterlassung der Behandlung oder Therapie mit gesicherten Erkenntnissen zu einer Schädigung des Kindes führt, ein Überwiegen der Interessen des Kindes und damit aus haftpflichtrechtlicher Sicht, ein widerrechtliches, nicht zu rechtfertigendes Verhalten der Eltern nachweisen.

E) Durchsetzungshindernisse

- 3.148 Neben den soeben erörterten Schwierigkeiten, Eltern bei weniger offensichtlichem Fehlverhalten ein nicht zu rechtfertigendes widerrechtliches Erziehungsverhalten nachzuweisen, bestehen zusätzlich Erschwernisse in der prozessualen Durchsetzung des Schadenersatzanspruches. Zunächst ist zu bedenken, dass die Kinder in einem Abhängigkeitsverhältnis zu ihren Eltern stehen und die Geltendmachung einer Verantwortlichkeit im Familienkontext daher unzweifelhaft erschwert ist. Im Übrigen sind Minderjährige nicht handlungsfähig und damit nicht prozessfähig (Art. 67 Abs. 1 ZPO). Im Gegensatz dazu sind Genugtuungsansprüche nach Art. 49 OR höchstpersönlicher Natur sind, weshalb urteilsfähige Minderjährige diesen Anspruch selbstständig geltend machen können (Art. 67 Abs. 3 lit. a ZPO). Für die Einforderung des Schadenersatzes müssten demgegenüber die Eltern das Kind im Prozess vertreten. Infolge des anzunehmenden Interessenkonflikts

⁶⁴¹ Zur Interessenabwägung vgl. Urteil des BGer 5A_89/2010 vom 3. Juni 2010 E. 5.3.2; BGE 136 III 410 E. 4; MEILI, BSK ZGB I, N 49 ff. zu Art 28 ZGB; AEBI-MÜLLER, HandKomm, N 32 ff. zu Art. 28 ZGB; zum Spezialfall der Interessenabwägung bei Ungeborenen: PALLY HOFMANN, Medizinischer Berufsalltag, 11 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 12.23 ff.; FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 641 f. zu § 4.

⁶⁴² Persönlichkeitsverletzungen können durch die Ausübung von Grundrechten gerechtfertigt werden. Statt vieler: Urteil des BGer 5A_888/2011 vom 20. Juni 2012 E. 5.3; AEBI-MÜLLER, HandKomm, N 33 zu Art. 28 ZGB.

zwischen den Eltern und dem Kind, müsste das elterliche Vertretungsrecht entfallen (Art. 306 Abs. 3 ZGB).⁶⁴³ Damit steht die KESB nach Art. 306 Abs. 2 ZGB in der Pflicht, die Anordnung einer Kindesvertretung zu prüfen. Falls die KESB dies unterlässt und das Kind dadurch (insbesondere wegen der Verjährung) einen Schaden erleidet, stellt sich die Frage der Verantwortlichkeit der Behörden.⁶⁴⁴

Wird erst nach Erreichen der Volljährigkeit geklagt, kann auch die Verjährung ein Durchsetzungshindernis sein.⁶⁴⁵ Hat der volljährige Geschädigte Kenntnis vom Ausmass des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen, muss der Anspruch innerhalb eines Jahres eingeklagt werden (relative Verjährungsfrist nach Art. 60 Abs. 1 OR). Bei Vorliegen eines Personenschadens kann sich die Feststellung einer hinreichenden Schadenskenntnis schwierig erweisen.⁶⁴⁶ Die absolute Verjährungsfrist für Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen liegt bei zehn Jahren vom «Tag der schädigenden Handlung» gerechnet (Art. 60 Abs. 1 OR).⁶⁴⁷ Damit kann die absolute Verjährungsfrist selbst dann eintreten, wenn der Geschädigte keine sichere Kenntnis vom Schaden erlangt

3.149

⁶⁴³ Zur direkten Interessenskollision vgl. BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 4 zu Art. 306 Abs. 3 ZGB.

⁶⁴⁴ Zur Verantwortlichkeit der KESB vgl. Ausführungen unter Rz. 3.101.

⁶⁴⁵ In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Verjährung für Forderungen der Kinder gegen ihre Eltern während der Dauer der elterlichen Sorge nicht beginnt bzw. falls sie begonnen hat, stillsteht (Art. 134 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Die Verjährungsfrist beginnt jedoch demnach zu laufen, sobald die elterliche Sorge im Rahmen eines Kindesschutzverfahrens aufgehoben, wird.

⁶⁴⁶ So sind bspw. die Heilungskosten erst bekannt, wenn der Geschädigte Kenntnis von der letzten Arzt-, Spital- oder Apothekerrechnung erlangt hat. Bei dauernder Arbeitsunfähigkeit ist der Schadensumfang hinreichend bekannt, wenn die Individualität durch ein abschliessendes medizinisches Gutachten festgestellt wurde. Die Gerichte stellen allerdings in der Regel auf den Zeitpunkt der Zustellung des Rentenentscheids ab. Vgl. etwa BGE 123 III 204 E. 1. Vgl. dazu FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 3041; REY, Rz. 1622 ff. Tritt im Verlaufe des Heilungsprozesses eine zusätzliche Schädigung ein, beurteilt sich der Beginn der Verjährungsfrist nach Massgabe seiner Voraussehbarkeit. War die gesundheitliche Beeinträchtigung voraussehbar, war die schädigende Handlung noch nicht abgeschlossen. Damit hat der Lauf der relativen Verjährungsfrist noch nicht begonnen. War der Rückfall nicht voraussehbar, ist darin ein neuer Schaden zu erblicken, der eine unabhängige Verjährungsfrist auslöst.

⁶⁴⁷ Bei wiederholtem oder andauerndem schädigenden Verhalten ist der «Tag der schädigenden Handlung» der Zeitpunkt der letzten widerrechtlichen Handlung bzw. der Tag an dem dieses Verhalten endet. Vgl. dazu FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 3054 ff.; REY, Rz. 1644.

hat.⁶⁴⁸ Dies führt insbesondere bei Krankheiten, die erst nach einer längeren Zeitspanne seit dem schädigenden Verhalten ausbrechen, zu stossenden Ergebnissen.⁶⁴⁹

III. Fazit

- 3.150 Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche von Kindern gegenüber ihren Eltern infolge erzieherischen Fehlverhaltens und daraus resultierender Beeinträchtigung des gesundheitlichen Wohlbefindens haben in der Schweiz praktisch keine Bedeutung. Hierfür gibt es verschiedene Gründe. Zunächst ist umstritten, ob Erziehung den Charakter einer Obligation hat und damit zu einem Anspruch auf Schadenersatz berechtigt. Bejaht man eine Erziehungshaftung dem Grundsatz nach, gestaltet sich der Nachweis der Haftungsvoraussetzungen herausfordernd.
- 3.151 Neben der Schwierigkeit eine unfreiwillige Vermögensverminderung im Sinne von Art. 41 OR infolge einer gesundheitlichen Beeinträchtigung eines Kindes/Jugendlichen nachzuweisen, ergeben sich Hürden bei der Kausalität. Hierfür müsste der Beweis erbracht werden, dass kooperierendes Handeln der Eltern den beim Kind eingetretenen Schaden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte. Des Weiteren ist der Nachweis der Widerrechtlichkeit herausfordernd. Wird davon ausgegangen, dass Art. 301–303 ZGB und Art. 28 ZGB Schutznormen zur Erfüllung der Widerrechtlichkeit sind, erleichtert dies die Ausgangslage nur vermeintlich. Die Frage, wann die Pflege und Erziehung eines Kindes derart mangelhaft ist, um haftpflichtrechtlich den Widerrechtlichkeitsbegriff zu erfüllen, bleibt heikel.
- 3.152 Im Rahmen der Prüfung nach Rechtfertigungsgründen der Eltern ist eine Interessen- und Rechtsgüterabwägung zwischen den Grund- und Persönlichkeitsrechten der Eltern und des Kindes vorzunehmen. Widersetzen sich Eltern Behandlungen, die lebensnotwendig sind oder die mit gesicherten Erkenntnissen zu einer bleibenden und stark beeinträchtigenden Schädigung der Gesundheit des Kindes führen, überwiegen die Interessen des Kindes eindeutig.

⁶⁴⁸ HONSELL/ISENRING/KESSLER, 142 f.; HUGUENIN, Obligationenrecht, 657 f.; FELLMANN/KOTTMAN, Rz. 3041 ff. und Rz. 3052 ff.

⁶⁴⁹ Vgl. Urteil des EGMR Howald Moor Renate Anita und Mitb. gegen Schweiz (52067/10 und 41072/11) vom 11. März 2014 zum Anspruch eines Asbestopfers auf Genugtuung. Das EGMR bezeichnete die geltende 10-jährige Frist bei Personenschäden als unangemessen. Dadurch werde der geschädigten Person das in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerte Recht auf freien Zugang zum Gericht vereitelt. Im Rahmen der Revision des Verjährungsrechts wurde für Forderungen aus Personenschäden neu eine absolute Verjährungsfrist von 30 Jahren und eine relative Verjährungsfrist von drei Jahren vorgesehen (Art. 60 Abs. 1^{bis} E OR). Vgl. dazu Botschaft Verjährungsrecht, 235, 252 f.

Bewirkt das Verhalten der Eltern demgegenüber eine geringe Gefährdung oder gesundheitliche Beeinträchtigung des Kindes und berufen sich die Eltern auf ihre Grund- und Persönlichkeitsrechte, lässt sich ihr Verhalten möglicherweise rechtfertigen.

Ist die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit erfüllt, lässt sich aus der Pflichtverletzung auch das Verschulden bejahen (Objektivierung des Verschuldensbegriffs). Sind die Voraussetzungen von Art. 41 OR gegeben, bestehen schliesslich Erschwernisse in der faktischen Durchsetzung des Anspruches. Infolge des bestehenden Interessenkonflikts zwischen dem betroffenen Kind und den Eltern müsste das elterliche Vertretungsrecht entfallen. Da dem Minderjährigen für die gerichtliche Geltendmachung des Schadenersatzanspruches (nicht jedoch für den Genugtuungsanspruch) die Prozessfähigkeit fehlt, ist dieser darauf angewiesen, dass ihm die KESB hierfür eine Vertretung (Art. 314a^{bis} ZGB) anordnet. 3.153

4. Teil: Zur Rechtsstellung des Arztes im Grenzbereich elterlicher Vertretungsrechte

1. Kapitel: Ärztliche Melderechte und -pflichten versus ärztliches Berufsgeheimnis

I. Problemstellung

Kinderärzte kommen durch ihre tägliche Arbeit in der privaten Arztpraxis oder im Spital mit Kindern in Begegnung, die möglicherweise Gefährdungen ausgesetzt sind oder bei denen sich gesundheitliche Gefährdungen bereits manifestiert haben. Damit die Rechte des Kindes Berücksichtigung finden und die gesetzlich vorgesehenen Massnahmen zum Schutze des Kindes greifen, ist das Verhalten von Ärzten von wesentlicher Bedeutung. So essentiell und unabdingbar der gesetzliche Schutz des Kindes ist, so schwierig erweist es sich im ärztlichen Berufsalltag bei oft unsicherer Ausgangslage, Gefährdungen zu erkennen, einzuschätzen und im Bedarfsfall die erforderlichen Schritte in die Wege zu leiten. Da die Konsequenzen eines Kindesschutz- oder Strafverfahrens für die Betroffenen nicht zu unterschätzen sind und auch dann ihre Spuren hinterlassen, wenn das Verfahren später eingestellt wird, ist der behandelnde Arzt gehalten, weder voreilig noch allzu vorsichtig vorzugehen. 4.1

Mit Melderechten und -pflichten gegenüber der KESB stellt der Gesetzgeber sicher, dass die Behörden über physische und psychische Auffälligkeiten von Kindern informiert werden. Diese auch für Ärzte zur Anwendung gelangenden Melderegeln stehen dem ärztlichen Berufsgeheimnis gegenüber. Auf dieses Spannungsverhältnis ist sogleich einzugehen. 4.2

II. Ärztliche Schweigepflicht und deren Einschränkungen

Die Tätigkeit des Arztes berührt einen sehr sensiblen Lebensbereich des Patienten. Für eine wirksame Behandlung ist der Arzt auf persönliche Informationen des Patienten angewiesen. Um an diese Informationen zu gelangen, bedarf es einer Atmosphäre des Vertrauens. Voraussetzung für diese Vertrauensbeziehung ist die Gewissheit des Patienten, dass der Arzt über alles 4.3

was er in seiner Eigenschaft als Arzt erfährt, Stillschweigen bewahren wird.⁶⁵⁰ Ebenfalls unter die Geheimhaltungspflicht fallen Informationen, die der Arzt von Angehörigen, Bekannten oder Freunden des Patienten erhält.⁶⁵¹ Um die Intimsphäre des Patienten sowie auch das Vertrauensverhältnis zum Patienten und dessen Bezugspersonen zu schützen, wurde die Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses unter Strafe gestellt (Art. 321 Abs. 1 StGB).⁶⁵²

- 4.4 In Art. 321 Abs. 2 und Abs. 3 StGB sind drei Ausnahmen normiert, wann die Offenbarung des Berufsgeheimnisses gegenüber Dritten nicht strafbar ist:
- bei Einwilligung des Berechtigten,⁶⁵³
 - bei Vorliegen einer auf Gesuch erteilten schriftlichen Bewilligung der vorgesetzten Behörde oder der Aufsichtsbehörde oder
 - in Anwendung von eidgenössischen oder kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde.
- 4.5 Des Weiteren kann sich die Offenbarung des Arztgeheimnisses in einer Notstandssituation (Art. 17 StGB) durch die mutmassliche Einwilligung des Patienten oder durch die Wahrung überragender Interessen rechtfertigen.⁶⁵⁴
- 4.6 Von einem *rechtfertigenden Notstand* ist auszugehen, wenn eine gegenwärtige Gefahr für ein wesentlich überwiegendes Rechtsgut, wie beispielsweise die körperliche Integrität, besteht und die Notstandslage nicht anders als durch die

⁶⁵⁰ KELLER, 60 ff.; UTTINGER, 2, 5 ff.; KUHN MATHIAS, 218, 225 f.; FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 103, 128 f.; KATZENMEIER, Berufsgeheimnis und Dokumentation, 303 ff.

⁶⁵¹ KELLER, 73; DONATSCH/WOHLERS, 566 f.; BÜCHLER/HOTZ, 565, 568 f.

⁶⁵² Die Pflicht zur Verschwiegenheit des Arztes ist zudem in folgenden Bestimmungen normiert: Diskretions- und Geheimhaltungspflicht (Art. 398 Abs. 2 OR), strafverfahrensrechtliches Zeugnisverweigerungsrecht (Art. 171 StPO) sowie ärztliche Berufspflichten (Art. 40 lit. f MedBG). Zur Diskretions- und Geheimhaltungspflicht im ärztlichen Behandlungsverhältnis vgl. VOKINGER, Rz. 46 zu Nr. 28; WEBER, BSK OR I, N 11 f. zu Art. 398 OR; ROGGO, 70 ff.; FELLMANN, BK, N 43 ff. zu Art. 398 OR. Die sich aus Art. 398 Abs. 2 OR ableitende Treuepflicht verlangt vom behandelnden Arzt strikte Verschwiegenheit. Hierfür muss der Patient den Arzt nicht ausdrücklich anweisen.

⁶⁵³ Als oberste Leitlinie gilt, dass der Patient grundsätzlich allein darüber befindet, wem Informationen weitergegeben werden dürfen. Für eine kritische Auseinandersetzung hierzu vgl. UTTINGER, 2 ff.; für das deutsche Recht: DEUTSCH/SPICKHOFF, 605; KATZENMEIER, Berufsgeheimnis und Dokumentation, 303, 309 f.

⁶⁵⁴ OBERHOLZER, BSK StGB II, N 33 zu Art. 321 StGB.

Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht abwendbar ist.⁶⁵⁵ So können etwa bei einer urteilsfähigen Minderjährigen Geheimhaltungsinteressen gegenüber den Eltern bestehen und im Vergleich zu den legitimen Interessen der Eltern, die darin liegen über den Gesundheitszustand ihres Kindes informiert zu sein, überwiegen.⁶⁵⁶ Ist die elterliche Unterstützung und Betreuung für eine erfolgreiche Behandlung der Minderjährigen erforderlich, rechtfertigt sich die Mitteilung an die Eltern. Gefährdet sich beispielsweise eine urteilsfähige Minderjährige selbst, indem sie bei bestehender Suchtproblematik (Alkohol, Drogen, Anorexie, Bulimie, etc.) eine Behandlung/Therapie ablehnt, überwiegt das Schutzinteresse der Minderjährigen, weshalb sich eine Durchbrechung des ärztlichen Berufsgeheimnisses rechtfertigt.⁶⁵⁷

Ebenso kann sich die Durchbrechung des ärztlichen Berufsgeheimnisses rechtfertigen, wenn ein Arzt im Rahmen einer ärztlichen Behandlung eines Kindes feststellt, dass das Kind körperlich missbraucht oder misshandelt worden ist und Wiederholungsgefahr besteht.⁶⁵⁸ 4.7

Die *mutmassliche Einwilligung* ist vor allem dann von Bedeutung, wenn sich der Patient selbst nicht (mehr) äussern kann, z.B. infolge Kindesalter, Bewusstlosigkeit, Geistesschwäche, Tod, etc. Wird beispielsweise ein Patient bewusstlos in das Spital eingeliefert, obliegt es dem behandelnden Arzt abzuklären, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Patient vor Eintreten der Bewusstlosigkeit der Weitergabe seiner höchstpersönlichen, vertraulichen Daten widersprochen hätte. Sind keine beschriebenen Anhaltspunkte erkennbar und ist die Weitergabe vertraulicher Daten zum Schutz der betroffenen Person erforderlich, ist diese durch mutmassliche Einwilligung gerechtfertigt. Bestehen 4.8

⁶⁵⁵ SEELMANN, BSK STGB I, N 3 ff. zu Art. 17 StGB; TRECHSEL/VEST, PraxKomm StGB, N 28 ff. zu Art. 321 StGB; für das deutsche Recht: ULSENHEIMER, 765, 775 ff.

⁶⁵⁶ Zu denken ist in diesem Zusammenhang beispielsweise an den Schwangerschaftsabbruch einer Minderjährigen. Ist sie in der Lage das Wesen und die Bedeutung der Unterbrechung zu erkennen und kann sie überwiegende Geheimhaltungsinteressen gegenüber den Eltern darlegen (z.B. aus religiösen oder soziokulturellen Gründen), rechtfertigt sich die Durchbrechung des ärztlichen Berufsgeheimnisses nicht. (Nach Art. 119 Abs. 3 StGB ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters lediglich bei der urteilsunfähigen Minderjährigen vorgesehen.)

⁶⁵⁷ Zum rechtfertigenden Notstand vgl. auch BÜCHLER/HOTZ, 565, 570 f.

⁶⁵⁸ Je nach Kanton besteht in der beschriebenen Situation eine ärztliche Meldepflicht. Zudem gewährt Art. 364 StGB der unter Amts- oder Berufsgeheimnis stehenden Person ein Melderecht ohne Entbindung von der Schweigepflicht, wenn von einer strafbaren Handlung auszugehen ist. Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 4.12 ff. und 4.17 ff.

demgegenüber Anhaltspunkte gegen die Weitergabe der Daten, bedarf es einer Rechtsgüterabwägung.⁶⁵⁹

- 4.9 Neben den höherrangigen Schutzinteressen des urteilsunfähigen oder bewusstlosen Patienten, kann die Durchbrechung des ärztlichen Berufsgeheimnisses auch durch überragende Interessen einer Drittperson oder des Gemeinwohls gerechtfertigt sein. Zu denken ist in diesem Zusammenhang beispielsweise an eine Gefahr durch einen Piloten, welcher arbeitsunfähig ist, nicht jedoch bereit ist, seine Berufstätigkeit vorübergehend auszusetzen.⁶⁶⁰
- 4.10 Bei einer Behandlung in einem Spital oder in einer Gemeinschaftspraxis wird von einer stillschweigenden Einwilligung des Patienten zur Weitergabe von Informationen innerhalb des Behandlungsteams ausgegangen. Dies ist bei der arbeitsteiligen Differenzierung von Behandlungsabläufen unvermeidlich.⁶⁶¹ Unzulässig und tatbestandsmässig im Sinne von Art. 321 StGB ist demgegenüber ein für die Behandlung nicht erforderlicher Austausch über Patienten unter Berufskollegen, selbst wenn die Berufskollegen auch unter ärztlicher Schweigepflicht stehen.⁶⁶² Daher ist lediglich bei der einverständlichen Weiter- oder Nachbehandlung durch einen anderen Arzt⁶⁶³

⁶⁵⁹ Zur mutmasslichen Einwilligung vgl. OBERHOLZER, BSK StGB II, N 33 zu Art. 321 StGB; TAG, 669, 750 ff.; BÜCHLER/HOTZ, 565, 570 f.; für das deutsche Recht: ULSENHEIMER, 765, 774 f.; DEUTSCH/SPICKHOFF, 607 f.

⁶⁶⁰ DEUTSCH/SPICKHOFF, 609 f.; vgl. hierzu auch die Diskussion zu den Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht nach dem Germanwings-Absturz vom 31. März 2015, in nzz.ch vom 31. März 2015, <<http://www.nzz.ch/panorama/kritik-an-aktionismus-rund-um-schweigepflicht-nach-germanwings-absturz-1.18513493>> (zuletzt besucht am 30. November 2015); sowie NZZ vom 2. April 2015, «Die Grenzen der Schweigepflicht», International 7. In der Schweiz sind Ärzte nach Art. 15d Abs. 3 SVG bei negativer Fahreignung oder Fahrkompetenz berechtigt, eine Meldung an die zuständige Behörde zu erstatten. Im Bundesgesetz über die Luftfahrt fehlt eine entsprechende Bestimmung, weshalb die allgemeinen Regeln zur Offenbarung des Berufsgeheimnisses gegenüber Dritten zur Anwendung gelangen. Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 4.4.

⁶⁶¹ PALLY HOFMANN, Medizinischer Berufsalltag, 77; für das deutsche Recht: KATZENMEIER, Berufsgeheimnis und Dokumentation, 303, 310 f.; MARTI/STRAUB, Arzt und Berufsrecht, 233, 250.

⁶⁶² DONATSCH/WOHLERS, Ziff. 1.4 zu § 126.

⁶⁶³ ULSENHEIMER, 765, 774 f.; KATZENMEIER, Berufsgeheimnis und Dokumentation, 303, 309 f.

sowie wenn der Patient dem behandelnden Arzt die Einwilligung erteilt, einen Spezialisten zuzuziehen, in diesem engen Rahmen von einer Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht auszugehen.⁶⁶⁴

III. Ärztliche Melderechte/-pflichten und deren Umsetzung im geltenden Recht

1. Ärztliche Melderechte mit Auflagen

Nach Art. 443 Abs. 1 ZGB ist grundsätzlich jedermann berechtigt die KESB zu informieren, wenn «eine Person hilfsbedürftig erscheint».⁶⁶⁵ Für Personen, die einem Berufsgeheimnis unterliegen, bleiben die Vorschriften über das Berufsgeheimnis vorbehalten.⁶⁶⁶ Dies gilt insbesondere auch für das Arztgeheimnis. Möchte ein Arzt der KESB eine Meldung über ein gefährdetes Kind erstatten, muss er sich demgemäss vorgängig entweder vom Berufsgeheimnis entbinden lassen oder die Einwilligung der betroffenen Person einholen (Art. 321 Abs. 2 StGB). Der direkte und transparentere Weg besteht wohl darin, die Einwilligung vom urteilsfähigen Kind bzw. bei dessen Urteilsunfähigkeit von dessen Eltern zu erwirken.⁶⁶⁷ Die betroffenen Personen sind dadurch von allem Anfang an einbezogen und erhalten Gelegenheit für eine Stellungnahme. Selbst wenn es zu einem späteren Zeitpunkt zu einer Gefährdungsmeldung kommen sollte, dürfte der Bruch des Vertrauensverhältnisses weniger gross sein, als wenn die betroffenen Personen direkt durch die KESB über die ärztliche Gefährdungsmeldung informiert werden.

4.11

Wurde an einer minderjährigen Person allerdings eine strafbare Handlung begangen oder besteht für den Geheimnisträger ernsthafter Anlass, von einer

4.12

⁶⁶⁴ Bei einer ergänzenden Zweitbehandlung in einem umschriebenen Fachbereich, dürfen lediglich diejenigen Informationen, die mit der Zweitbehandlung in Zusammenhang stehen weitergegeben werden, nicht jedoch die gesamte Krankenakte. Vgl. ROGGO, 73; FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 103, 130 f.

⁶⁶⁵ Art. 443 Abs. 1 ZGB ist durch Verweis in Art. 314 Abs. 1 ZGB auch für das Kindesschutzverfahren von Belang. Auf die vorgesehene Revision ZGB (Kindesschutz) zu erweiterten Melderechten und Meldepflichten im Kindesschutz wird in Rz. 4.19 ff. eingegangen.

⁶⁶⁶ Art. 443 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 321 StGB. In diesem Punkt sieht die Revision ZGB (Kindesschutz) eine andere Regelung vor, vgl. Ausführungen unter Rz. 4.20 ff.

⁶⁶⁷ Die rechtfertigende Einwilligung der betroffenen Person setzt die Urteilsfähigkeit, mit Blick auf die Tragweite des Geschehens, voraus und wird als höchstpersönliches Recht angesehen. Vgl. dazu TAG, 669, 750; DONATSCH/WOHLERS, 573 f.; BÜCHLER/HOTZ, 565, 568.

strafbaren Handlung auszugehen, so gewährt Art. 364 StGB der unter Amts- und Berufsgeheimnis stehenden Person ein Melderecht ohne vorgängige Entbindung vom Amts- oder Berufsgeheimnis.⁶⁶⁸ Stellt der Arzt beispielsweise fest, dass das Kind (durch die Eltern oder eine Drittperson) verletzt wurde, z.B. durch Schläge, Schütteln, etc., so ist er direkt zur Meldung an die KESB befugt.⁶⁶⁹

2. Ärztliche Meldepflichten

A) Ärztliche Meldepflicht im ZGB?⁶⁷⁰

- 4.13 Personen, die im Rahmen ihrer «amtlichen Tätigkeit» von einer Person erfahren, die hilfsbedürftig erscheint, werden im ZGB gesondert behandelt (Art. 443 Abs. 2 ZGB). Sie unterliegen einer Meldepflicht ohne vorgängige Entbindung vom Amtsgeheimnis.⁶⁷¹ Diese Differenzierung zwischen Personen in «amtlicher Tätigkeit», die zur Meldung verpflichtet und den «übrigen» Personen, die lediglich meldeberechtigt sind, wirft Fragen auf.
- 4.14 Für Ärzte, die an einem öffentlichen Spital tätig sind, stellt sich die Frage, ob sie dieser in Art. 443 Abs. 2 ZGB normierten Meldepflicht unterliegen oder ob für sie das Melderecht nach Art. 443 Abs. 1 ZGB mit vorgängiger Entbindung vom Berufsgeheimnis zur Anwendung gelangt. Rechtsdogmatisch gesehen geht es darum, ob Art. 443 Abs. 2 ZGB eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Durchbrechung des ärztlichen Berufsgeheimnisses nach Art. 321 StGB bildet.

⁶⁶⁸ Der Gesetzgeber hat bewusst von einer allgemeinen Meldepflicht abgesehen. Art. 364 StGB verdeutlicht, dass Verschwiegenheitspflichten nicht absolut gelten und die Gefährdung einer minderjährigen Person eine Durchbrechung des Berufsgeheimnisses rechtfertigen kann. Vgl. BIDERBOST, BSK StGB II, N 1 zu Art. 364 StGB; COTTIER/SCHLAURI, 759, 769; ROSCH, Zusammenarbeit, 1020, 1025.

⁶⁶⁹ Ebenso finden sich Meldeberechtigungen ohne vorgängige Entbindung vom Berufsgeheimnis in Art. 11 Abs. 3 OHG und in Art. 3c BetmG.

⁶⁷⁰ In der vorliegenden Untersuchung steht die ärztliche Meldepflicht im Zusammenhang mit Kindeswohlgefährdungen im Fokus. Auf spezialgesetzliche ärztliche Anzeige- bzw. Meldepflichten, wie beispielsweise Art. 27 EpG oder Art. 119 Abs. 5 StGB (strafloser Schwangerschaftsabbruch) wird nicht eingegangen.

⁶⁷¹ AUER/MARTI, BSK Erwachsenenschutz, N 22 zu Art. 443 ZGB. Die Person in amtlicher Tätigkeit kann ihren Entscheid nicht von einer vorgängigen Interessenabwägung abhängig machen. Liegen konkrete Hinweise für eine Hilfsbedürftigkeit vor, ist sie zur Meldung verpflichtet. A.M. ROSCH, Komm Erwachsenenschutz, N 7 zu Art. 443 ZGB. Seines Erachtens gibt es keine absolute Meldepflicht. Vielmehr gelte es immer derjenigen Pflicht nachzukommen, die aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung in Bezug auf den Rang des Rechtsgutes und der Schwere des Eingriffs als gewichtigere Pflicht einzustufen sei.

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist der Begriff der «amtlichen Tätigkeit» weit auszulegen. Demgemäss sollen Personen, die öffentlich-rechtliche Befugnisse ausüben, auch wenn sie zum Gemeinwesen nicht in einem Beamten- oder Angestelltenverhältnis stehen, darunter subsumiert werden.⁶⁷² Bei einem Arzt, der an einem öffentlichen Spital, als Schularzt oder in einer kantonalen oder kommunalen Fachstelle tätig ist, besteht allerdings die Besonderheit, dass er sowohl dem Amtsgeheimnis (Art. 320 StGB) als auch dem ärztlichen Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB) unterliegt.⁶⁷³ Da sich Art. 443 Abs. 2 ZGB an Personen in «amtlicher Tätigkeit» richtet und Berufsgeheimnisträger im Gesetzestext nicht erwähnt werden, kann nicht abgeleitet werden, dass auch Berufsgeheimnisträger ohne Entbindung vom ärztlichen Berufsgeheimnis zur Weitergabe von Informationen berechtigt sind.⁶⁷⁴ Vielmehr ist der Berufsgeheimnisträger nach wie vor verpflichtet, die Einwilligung der betroffenen Person einzuholen oder sich vom Berufsgeheimnis entbinden zu lassen. Nach dem Gesagten lässt sich auf Basis von Art. 443 Abs. 2 ZGB keine allgemeine Meldepflicht für Berufsgeheimnisträger und damit auch keine ärztliche Meldepflicht ableiten. Konkret heisst dies, dass ein Schulzahnarzt, der bei einem Kind eine grobe Vernachlässigung der Zahnpflege feststellt, – bei fehlender kantonalen Meldepflicht – nicht ohne Entbindung vom ärztlichen Berufsgeheimnis, an die KESB gelangen darf.⁶⁷⁵

4.15

Immerhin sei darauf hingewiesen, dass die Einführung einer gesamtschweizerischen Meldepflicht im Zusammenhang mit Misshandlungen, sexuellem Missbrauch von Kindern und Gewaltopfern in der Vergangenheit im

4.16

⁶⁷² Botschaft Erwachsenenschutz, 7001, 7076.

⁶⁷³ STECK, HandKomm, N 18 zu Art. 443 ZGB; AUER/MARTI, BSK Erwachsenenschutz, N 25 zu Art. 443 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 13.07.

⁶⁷⁴ Vgl. dazu auch AUER/MARTI, BSK Erwachsenenschutz, N 25 zu Art. 443 ZGB.

⁶⁷⁵ Zu den kantonalen ärztlichen Meldepflichten vgl. Ausführungen unter Rz. 4.17 ff.; vgl. jedoch auch die Ausführungen zu den vorgesehenen Änderungen der Melderegelung im Kinderschutz unter Rz. 4.20 ff.

Parlament verschiedentlich zur Diskussion stand⁶⁷⁶ und aufgrund der Motion Aubert auch derzeit sehr aktuell ist; darauf ist sogleich zurückzukommen.⁶⁷⁷

B) Kantonale Meldepflichten und deren Problematik

4.17 Die Kantone haben die Kompetenz, weitere Meldepflichten vorzusehen (Art. 443 Abs. 2 ZGB). Verschiedene Kantone haben in den Einführungsgesetzen zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und weitere Meldepflichten für bestimmte Personengruppen eingeführt. Eine Übersicht zeigt folgendes Bild:

- Vier Kantone (AI, SZ, UR, OW)⁶⁷⁸ haben explizit für Ärzte eine Meldepflicht vorgesehen.
- Weitere Kantone sehen eine Meldepflicht für Gesundheitsfachpersonen vor (AR, GE).⁶⁷⁹
- Andere Kantone unterstellen «Fachkräfte aus dem Gesundheitswesen» (VD)⁶⁸⁰ oder «Personen, die mit der medizinischen und psychologischen Behandlung von Kindern zu tun haben» (ZG)⁶⁸¹ einer Meldepflicht.
- Wiederum andere Kantone sehen für «Fachpersonen aus den Bereichen Medizin und Pflege» (GR)⁶⁸² oder «Mitarbeitende von privaten

⁶⁷⁶ Die NR Jasmin Hutter beantragte mit ihrer Motion vom 1. Oktober 2007 die Einführung einer Meldepflicht für Ärzte, die Gewaltopfer behandeln. Der Bundesrat stellte den Antrag auf Ablehnung der Motion, woraufhin diese von der Motionärin zurückgezogen wurde (vgl. Motion Hutter 07.3598: «Meldepflicht für Opfer von Gewaltdelikten»). Die Motion von NR Evi Allemann vom 5. Oktober 2007 zielte in eine ähnliche Richtung (vgl. Motion Allemann 07.3697: «Meldepflicht für Gewaltvorfälle»). National- und Ständerat haben den Bundesrat beauftragt, zusammen mit den Kantonen Gewaltvorfälle gesamtschweizerisch zu erfassen und im Hinblick auf Massnahmen auszuwerten. Vgl. dazu <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20073697> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁶⁷⁷ Vgl. Ausführungen unter Rz. 4.19 ff.

⁶⁷⁸ Art. 21 Abs. 1 EG ZGB AI; § 29 Abs. 2 EG ZGB SZ; Art. 25 Abs. 2 EG/KESR UR; Art. 22 Abs. 1 Verordnung betreffend die Einführung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts OW.

⁶⁷⁹ Art. 48 Abs. 1 EG ZGB AR; Art. 34 Abs. 3 und 4 Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile (GE). Der Kanton GE sieht im Gegensatz zu anderen Kantonen eine Meldepflicht an das Jugendamt und nicht an die KESB vor.

⁶⁸⁰ Art. 32 Abs. 2 Loi d'application du droit fédéral de la protection de l'adulte et de l'enfant (VD).

⁶⁸¹ § 44 Abs. 2 EG ZGB ZG.

⁶⁸² Art. 61 Abs. 1 EG ZGB GR.

Institutionen in den Bereichen Betreuung und Pflege» (LU)⁶⁸³ eine Meldepflicht vor.

Fasst man die genannten Berufsbezeichnungen weit, unterliegen Ärzte in den Kantonen AI, AR, GE, GR, JU, OW, SZ, UR, VD, LU und ZG einer Meldepflicht an die KESB, falls sie eine Gefährdung des Kindeswohls feststellen.⁶⁸⁴

Die vorerwähnten Ausführungen verdeutlichen die gesamtschweizerisch 4.18 uneinheitliche und gleichzeitig unbefriedigende Rechtslage in einem sensiblen und zentralen Bereich des Kindesschutzes. In elf Kantonen wurde eine Meldepflicht für Ärzte eingeführt, während die restlichen 15 darauf verzichtet haben, entsprechende Anordnungen zu treffen. Im Übrigen haben diejenigen Kantone, die eine Meldepflicht eingeführt haben, durch uneinheitliche Begriffsbezeichnungen, wie «Gesundheitsfachperson», «Fachpersonen aus den Bereichen Medizin und Pflege» oder «Mitarbeitende von privaten Institutionen in den Bereichen Betreuung und Pflege» zusätzliche Differenzierungen geschaffen, die in der Praxis Verwirrung stiften.

IV. Zur vorgesehenen Revision der Melderegungen im Kindesschutz

1. Motion Aubert

Die NR Josiane Aubert reichte am 9. Dezember 2008 die Motion «Schutz des Kindes vor Misshandlung und sexuellem Missbrauch» ein.⁶⁸⁵ Die Motion verlangt, dass sämtliche Fachpersonen, die durch ihre berufliche Tätigkeit mit Kindern in Kontakt kommen, bei Verdacht auf Kindesmisshandlung und Kindesmissbrauch einer Meldepflicht unterstellt werden. Durch die Meldepflicht sollen die Voraussetzungen geschaffen werden, dass die KESB möglichst frühzeitig zum Schutz von gefährdeten Kindern intervenieren kann. Der Bundesrat lehnte die Motion insgesamt ab, erklärte sich jedoch bereit, eine

⁶⁸³ § 46 Abs. 2 EG ZGB LU.

⁶⁸⁴ So auch AFFOLTER KATHRIN, 47, 48 ff.; vgl. auch Vernehmlassungsentwurf EJPD, Kindesschutz/Meldepflicht, 15.

⁶⁸⁵ Die Bundesversammlung, Motion Aubert 08.3790, Schutz des Kindes vor Misshandlung und sexuellem Missbrauch, <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20083790> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

modifizierte Form mit klar umschriebenen Ausnahmen entgegenzunehmen.⁶⁸⁶ Der Stände- und Nationalrat folgten den Anliegen des Bundesrates und nahmen die Motion mit abgeändertem Motionstext an.⁶⁸⁷ Mithin wurde der Bundesrat im März 2011 beauftragt, einen entsprechenden Gesetzesentwurf auszuarbeiten.

2. Gesetzesentwurf

A) Melderecht ohne Entbindung vom Berufsgeheimnis

- 4.20 Der Gesetzesentwurf zur Revision der Melderegelungen im zivilrechtlichen Kinderschutz sieht neu direkt in den Verfahrensbestimmungen des Kindeschutzrechts ein Melderecht für jedermann vor.⁶⁸⁸ Die hierfür grundlegende Bestimmung bildet Art. 314c E ZGB:

Art. 314c E ZGB Melderechte

1 Jede Person kann der Kinderschutzbehörde Meldung erstatten, wenn das Wohl eines Kindes gefährdet erscheint.

2 Liegt eine Meldung im Interesse des Kindes, so sind auch Personen meldeberechtigt, die dem Berufsgeheimnis nach dem Strafgesetzbuch unterstehen. Diese Bestimmung gilt nicht für die nach dem Strafgesetzbuch an das Berufsgeheimnis gebundenen Hilfspersonen.

Berufsgeheimnisträger, und damit insbesondere auch Ärzte, sollen neu ohne Entbindung vom Berufsgeheimnis berechtigt sein, eine Gefährdungsmeldung an die KESB zu erstatten (Art. 314c Abs. 2 E ZGB).⁶⁸⁹ Begründet wird diese vereinfachte Berechtigung zur Gefährdungsmeldung damit, dass es die

⁶⁸⁶ Aus Sicht des Bundesrates beinhaltet die Einführung einer allgemeinen Meldepflicht für Berufsgeheimnisträger auch Gefahren, weshalb die Meldepflicht nicht grundsätzlich im Interesse und zum Wohl eines betroffenen Kindes sein kann. Konkret besteht etwa die Gefahr, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und betroffenem Kind/Jugendlichen bzw. Eltern leidet. Vgl. Vernehmlassungsentwurf EJPD, Kinderschutz/Meldepflicht, 2 f.

⁶⁸⁷ Vgl. Amtliches Bulletin - Die Wortprotokolle von National- und Ständerat, Motion Aubert 08.3790: <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20083790>(zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁶⁸⁸ Im geltenden Recht ergeben sich Melderechte und -pflichten durch Verweis in das Erwachsenenschutzrecht (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 443 ZGB); vgl. dazu auch Ausführungen unter Rz. 4.11.

⁶⁸⁹ Nach dem geltenden Recht dürfen Berufsgeheimnisträger lediglich wenn Anlass besteht, dass an der betroffenen Person eine «strafbare Handlung» (Art. 364 StGB) verübt wurde, ohne Entbindung vom Berufsgeheimnis eine Meldung erstatten. Vgl. Ausführungen unter Rz. 4.12 f.

Interessen eines betroffenen Kindes – auch wenn keine strafbare Tat begangen wurde – rechtfertigen, unverzüglich zu handeln. Die Entbindung vom Berufsgeheimnis wird in der Praxis als administrative Hürde angesehen. Im Übrigen löst die Anwendung von Art. 364 StGB und die damit einhergehende Frage, wann eine «strafbare Handlung» vorliegt, Unsicherheiten aus. Dies führt zu Zurückhaltung, wodurch wertvolle Zeit verloren gehen kann. Für eine Gefährdungsmeldung soll nicht mehr die Frage im Zentrum stehen, ob an einer minderjährigen Person eine Straftat begangen wurde, entscheidungsrelevant soll vielmehr sein, ob die Abklärung des Schutzbedürfnisses des Kindes erforderlich ist.⁶⁹⁰

Die vorgesehene Melderegelung im Gesetzesentwurf basiert auf der Grundannahme, dass Fachpersonen, die an das Berufsgeheimnis gebunden sind, selbst abschätzen können, wie wichtig ein Vertrauensverhältnis zum betroffenen Kind/Jugendlichen bzw. dessen Eltern ist und wann es unumgänglich wird, Dritte zum Schutz des Kindes/Jugendlichen zuzuziehen.⁶⁹¹ Im Gegensatz zum Vorentwurf gilt diese Meldeberechtigung ausschliesslich für primäre Berufsgeheimnisträger, nicht jedoch für deren *Hilfspersonen*, die ebenfalls dem strafrechtlichen Berufsgeheimnis unterliegen (Art. 314c Abs. 2 E ZGB). Hilfspersonen haben sich an ihre Vorgesetzten (sog. primäre Geheimnisträger) zu wenden, damit diese die erforderliche Interessenabwägung vornehmen.⁶⁹² 4.21

⁶⁹⁰ Vernehmlassungsentwurf EJP, Kinderschutz/Meldepflicht, 16; Botschaft Kinderschutz, 18 f., 24 f.

⁶⁹¹ Vernehmlassungsentwurf EJP, Kinderschutz/Meldepflicht, 16 f., 19. Nach Ansicht des Gesetzgebers könnte eine Meldepflicht für Ärzte zur Folge haben, dass sich betroffene Minderjährige nicht mehr frei fühlen, über ihre Probleme zu sprechen. Opfer von Misshandlungen sollten aber gerade nicht befürchten müssen, dass ihre Schilderungen entgegen ihrem Willen an Dritte weitergegeben werden. Ebenso könnte eine Meldepflicht dazu führen, dass Eltern, die ihr Kind misshandelt haben, dieses auf Angst vor dem Einbezug von Behörden nicht mehr ärztlich behandeln lassen. Siehe auch Botschaft Kinderschutz, 27.

⁶⁹² Botschaft Kinderschutz, 26 f. Hilfspersonen sind damit weder meldeberechtigt noch meldeverpflichtet. Sie sind lediglich «angehalten», mögliche Kindeswohlgefährdungen dem primären Geheimnisherrn zur Kenntnis zu bringen.

B) Keine Meldepflicht für Ärzte

- 4.22 Das zentrale Anliegen der Revision besteht in der Erweiterung der Meldepflichten auf Personen (in nicht amtlicher Tätigkeit), die beruflich regelmässig mit Kindern zu tun haben.⁶⁹³ Der Gesetzesentwurf sieht hierfür folgende Regelung vor:

Art. 314d E ZGB Meldepflichten

1 Folgende Personen, die nicht dem Berufsgeheimnis nach dem Strafgesetzbuch unterstehen, sind zur Meldung verpflichtet, wenn das Wohl eines Kindes gefährdet erscheint und sie der Gefährdung nicht im Rahmen ihrer Tätigkeit Abhilfe schaffen können:

1. Fachpersonen aus den Bereichen Medizin, Psychologie, Pflege, Betreuung, Erziehung, Bildung, Sozialberatung, Religion und Sport, die beruflich regelmässig Kontakt zu Kindern haben;
2. Fachpersonen in amtlicher Tätigkeit.

2 Die Kantone dürfen keine weiteren Meldepflichten gegenüber der Kindesschutzbehörde vorsehen. Vorbehalten bleiben Regelungen der Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeit.

- 4.23 Durch Art. 314d Abs. 1 E ZGB werden Ärzte explizit von der Pflicht zur Meldung an die KESB ausgeklammert. Diese Ausnahme steht im Einklang zum Melderecht für Berufsgeheimnisträger, welches mit dem Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Berufsfachmann und der betroffenen Person begründet wird.⁶⁹⁴ Aus der Botschaft geht im Übrigen klar hervor, dass für die dem Amtsgeheimnis (Art. 320 StGB) unterliegenden Ärzte in «amtlicher Tätigkeit» ebenfalls das Melderecht nach Art. 314c Abs. 2 E ZGB zur Anwendung gelangt.⁶⁹⁵ Des Weiteren sollen die Kantone neu nicht mehr berechtigt sein, weitergehende Meldepflichten gegenüber der KESB vorzusehen (Art. 314d Abs. 2 E ZGB).
- 4.24 Zusammenfassend festgehalten, weitet Art. 314d Abs. 1 Ziff. 1 E ZGB die Meldepflicht – neben den bereits der Meldepflicht unterliegenden Personen in amtlicher Funktion – auf Fachpersonen aus, die
- keinem strafrechtlichen Berufsgeheimnis unterliegen,
 - davon ausgehen, dass sie im Rahmen ihrer Tätigkeit nicht Abhilfe schaffen können,

⁶⁹³ Fachpersonen in amtlicher Tätigkeit unterliegen bereits nach dem geltenden Recht einer Mitteilungspflicht (Art. 443 Abs. 2 ZGB). Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 4.13.

⁶⁹⁴ Vgl. Ausführungen unter Rz. 4.20 f.

⁶⁹⁵ Botschaft Kindesschutz, 25.

- in den Bereichen Medizin, Psychologie, Pflege, Betreuung, Erziehung, Bildung, Sozialberatung, Religion oder Sport tätig sind und
- beruflich regelmässig mit Kindern zu tun haben.⁶⁹⁶

C) Fazit und Forderungen

a) Einheitlichkeit und Grundvoraussetzungen

Der Gesetzesentwurf ist hinsichtlich der Zielsetzung, Melderechte und -pflichten gegenüber der KESB zu klären und einheitlich zu regeln, grundsätzlich begrüssenswert. Die derzeitige Rechtslage, wonach Ärzte bei gleichem Sachverhalt in einzelnen Kantonen meldeverpflichtet und in anderen Kantonen lediglich meldeberechtigt oder gar nicht zur Meldung befugt sind, ist unbefriedigend und verwirrend. Begrüssenswert ist des Weiteren, dass Berufsgeheimnisträger, und dadurch insbesondere Ärzte, ohne vorgängige Entbindung vom Berufs- oder Amtsgeheimnis meldeberechtigt sein sollen. Dadurch kann zum einen wertvolle Zeit gewonnen werden und zum anderen werden Unklarheiten hinsichtlich einer möglichen Anwendung von Art. 364 StGB ausgeräumt.⁶⁹⁷ Zielführend und klärend ist zudem, dass Ärzte an einem öffentlichen Spital ebenfalls meldeberechtigt und nicht meldeverpflichtet sein sollen.⁶⁹⁸

Indem der Gesetzesentwurf Ärzte (und andere Berufsgeheimnisträger) gesamtschweizerisch einheitlich von der Meldepflicht ausnimmt, wird dem Schutz des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient Rechnung getragen.⁶⁹⁹ Obwohl diese Überlegung durchaus ihre Berechtigung hat, folgt daraus nicht automatisch und ohne weitere Bemühungen ein verbesserter Kinderschutz. Der Gesetzesentwurf basiert auf der Annahme, dass Ärzte einschätzen können, wann drohende Gefährdungen bzw. bereits

⁶⁹⁶ Damit sollte der Kreis der Meldepflichtigen auf Fachpersonen beschränkt werden, die Gefährdungen des Kindes adäquat einschätzen können. Im Vorentwurf, war das Kriterium, der *beruflichen* Tätigkeit noch nicht aufgelistet. Durch die Vorbringen im Vernehmlassungsverfahren, wonach Privatpersonen, die im Freizeitbereich mit Kindern arbeiten, nicht über die nötige Erfahrung verfügen würden, Gefährdungen adäquat einschätzen zu können, wurde zusätzlich die Voraussetzung der *beruflichen* Tätigkeit eingefügt. Vgl. dazu Vernehmlassungsentwurf EJP, Kinderschutz/Meldepflicht, 19; Botschaft Kinderschutz, 27.

⁶⁹⁷ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 4.20.

⁶⁹⁸ Botschaft Kinderschutz, 25.

⁶⁹⁹ Problematisch ist allerdings, dass es den Kantonen nach wie vor vorbehalten sein soll, in ihren Kompetenzbereichen, wie beispielsweise im Gesundheits- und Schulwesen, Sanktionen und Disziplinar massnahmen gegen fehlbare Fachpersonen vorzusehen (vgl. Botschaft Kinderschutz, 30). Dadurch besteht die Gefahr der Beeinträchtigung des Ermessensspielraums ärztlichen Handelns.

bestehende gesundheitliche Beeinträchtigungen von Kindern ein Zuziehen der KESB erforderlich machen. Um jedoch körperliche Symptome oder Auffälligkeiten von Kindern frühzeitig erkennen zu können, ist – abgesehen von den offensichtlichen Fällen – besonderes Fachwissen und Erfahrung erforderlich. Erst dadurch wird es möglich, vorschnelles Handeln zu vermeiden und Gefährdungsmeldungen möglichst nur in denjenigen Fällen zu erstatten, in denen abklärungsbedürftige Auffälligkeiten vorliegen. Entscheiden sich Ärzte trotz Gefährdungsanzeichen gegen eine Gefährdungsmeldung, übernehmen sie die Verantwortung, die gesundheitliche Entwicklung des Kindes in Beobachtung zu behalten.⁷⁰⁰

b) Verbessertes Kinderschutz durch Erweiterung der Meldepflichten auf Privatpersonen?

- 4.27 Die im Entwurf vorgesehene Erweiterung der Meldepflicht auf berufliche «Fachpersonen aus den Bereichen Medizin, Psychologie, Pflege, Betreuung (...)», die nicht dem Berufsgeheimnis unterliegen, keine amtliche Tätigkeit ausüben, im Rahmen ihrer Tätigkeit nicht Abhilfe schaffen können und die beruflich regelmässig mit Kindern arbeiten (Art. 314d Abs. 1 Ziff. 1 E ZGB), ist klärungsbedürftig.
- 4.28 Fraglich ist zunächst, welche Berufsgruppen «aus den Bereichen Medizin, Psychologie, Pflege, Betreuung», die nicht dem Berufsgeheimnis unterliegen, von dieser Bestimmung betroffen sein sollen. Ebenso unklar ist, wie der Terminus «regelmässig mit Kindern arbeiten» auszulegen ist. Die Botschaft umschreibt den Kreis der meldeverpflichteten privaten Fachpersonen mit «Lehrpersonen in Schulen ausserhalb des schulpflichtigen Alters, Angestellte in einer privat organisierten Kinderkrippe, Nannys, Therapeutinnen und Therapeuten, Mitarbeitende von Beratungsstellen (z.B. Elternberatungsstellen) oder privaten Hilfswerken (...) sowie Trainerinnen und Trainer jeder Sportart».⁷⁰¹
- 4.29 In der Medizin, Psychologie sowie auch der Pflege sind berufliche Fachpersonen in überwiegender Mehrheit im Auftrage eines Arztes tätig. Als medizinische Hilfspersonen unterliegen sie dem strafrechtlichen Berufsgeheimnis und werden durch Art. 314d Abs. 1 E ZGB von der Meldepflicht ausgenommen. Ebenso unterliegen freiberufliche Psychotherapeuten dem strafrechtlichen Berufsgeheimnis.⁷⁰² Nach dem Gesagten können nur selbstständige, unabhängig von einem Arzt tätige «Therapeutinnen und Therapeuten», die ihre Dienste beruflich anbieten und

⁷⁰⁰ Der Kinderschutz zählt zum Pflichtenheft eines Arztes. Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 5.41 f.

⁷⁰¹ Botschaft Kinderschutz, 27.

⁷⁰² Art. 321 Abs. 1 StGB; OBERHOLZER, BSK StGB II, N 9 zu Art. 321 StGB.

regelmässig mit Kindern arbeiten, dieser in Art. 314d Abs. 1 E ZGB normierten Meldepflicht unterliegen. Zu denken ist etwa an Komplementärtherapeuten, Naturheilpraktiker, «Heiler» etc.

Ob die erwähnten Fachpersonen Gefährdungen des Kindeswohls einzelfallgerecht einschätzen und mit der vorgesehenen Meldepflicht adäquat umgehen können, ist fraglich. Sind sie mit der Meldepflicht überfordert, kann dies dazu führen, dass sie bei einem Verdacht entweder voreilig handeln oder sich unsensibel zeigen und Gefährdungsanzeichen nicht wahrnehmen wollen. Ersterwähnte Möglichkeit führt zu einer steigenden Zahl von unbegründeten Gefährdungsmeldungen. Dies ist naheliegenderweise weder für die KESB noch für die Betroffenen hilfreich. Die zweiterwähnte Reaktion, wonach aus Überforderung nicht reagiert wird, bewirkt exakt das Gegenteil, das mit der Revision angestrebt werden wollte. Um möglichst nur begründete Gefährdungsmeldungen zu erhalten und eine Überforderung mit dem Umgang der Meldepflicht zu verhindern, wird es unumgänglich, Aufklärungsarbeit zu leisten. Bedenkt man den offenen, der Mitteilungspflicht unterliegenden Kreis von Privatpersonen, ist die Umsetzung dieses Vorhabens wohl nicht ganz einfach. 4.30

c) Gefahr der Pönalisierung

Ein weiteres Fragezeichen ergibt sich hinsichtlich der Durchsetzung und Sanktionierung der vorgesehenen Meldepflicht. Im Gesetzesentwurf sind keine Sanktionen vorgesehen. Eine der Meldepflicht unterliegende private Fachperson kann sich dem Wortlaut von Art. 341d Abs. 1 Ziff. 1 ZGB folgend wohl einfach auf den Standpunkt stellen, die Gefährdung nicht erkannt zu haben oder davon ausgegangen zu sein, dieser im Rahmen ihrer Tätigkeit Abhilfe schaffen zu können. Sollte sich die Gefährdung des Kindes verwirklichen und wird das Kind Opfer einer Straftat könnte die Unterlassung der gebotenen Meldung möglicherweise trotzdem strafrechtliche Bedeutung erlangen. Zur Diskussion stünde dann eine Gehilfenschaft (Art. 25 StGB) zum fraglichen strafrechtlichen Delikt.⁷⁰³ 4.31

Der Gehilfenschaft nach Art. 25 StGB macht sich strafbar, wer zu einem Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich Hilfe leistet. Als Hilfeleistung gilt jeder kausale Beitrag, der die Tat fördert. Der fördernde Beitrag kann auch im Unterlassen einer Person geleistet werden, die als Garantin zur Abwendung der Haupttat gerichtete Handlung verpflichtet gewesen wäre.⁷⁰⁴ Da Art. 341d Abs. 1 Ziff. 1 E ZGB grundsätzlich eine Garantienstellung für die private Fachperson auszulösen vermag und Eventualdolus zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes ausreicht, reichen die Konsequenzen der vorgesehenen 4.32

⁷⁰³ Vgl. dazu Botschaft Kinderschutz, 29; Positionspapier Kinderschutz Schweiz, 6.

⁷⁰⁴ DONATSCH/TAG, 165 ff.; FORSTER, BSK StGB, N 50 zu Art. 25 StGB.

Mitteilungspflicht für Privatpersonen, die regelmässig mit Kindern zu tun haben, sehr weit. Obwohl die Rechtsprechung dazu neigt, nur solche Hilfeleistungen als strafbar zu qualifizieren, die eine strafbare Handlung fördern und auch Einigkeit darin besteht, dass eine Einschränkung der Strafbarkeit auf kausale Hilfeleistungen erforderlich ist,⁷⁰⁵ kann die Einführung der Meldepflicht für Privatpersonen heikle Abgrenzungsfragen zwischen strafbarem und straflosem Unterlassen auslösen. Insofern besteht die Gefahr, dass ein «untätig sein» sehr früh pönalisiert wird. Dies wiederum könnte zur Folge haben, dass – aus Sicherheitsgründen – vermehrt unbegründete Gefährdungsmeldungen erstattet werden.

d) Verbesserungsvorschläge

- 4.33 Die Einführung der Meldepflicht für private Fachpersonen führt nicht per se zu einem verbesserten Schutz für betroffene Kinder. Die im Gesetzesentwurf vorgesehene erweiterte Meldepflicht greift, wie dargelegt, sehr weit und beinhaltet eine nicht zu unterschätzende Gefahr der Pönalisierung. Um dieser Gefahr zu begegnen, müsste den der Mitteilungspflicht unterliegenden Privatpersonen, Informations- und Beratungsangebote zur Verfügung gestellt werden. Nur dadurch kann verhindert werden, dass nicht die Quantität, sondern die Qualität von Gefährdungsmeldungen gesteigert wird. Im Übrigen müsste gewährleistet sein, dass die KESB über die nötigen Ressourcen verfügt, um die Gefährdungsmeldungen professionell und einzelfallgerecht zu bearbeiten. Studien belegen, dass bei unbefriedigenden Erfahrungen mit der KESB, insbesondere bei zeitlichen Verzögerungen, in der Folge eher auf Gefährdungsmeldungen verzichtet wird.⁷⁰⁶ Das Verhalten der KESB bzw. die fehlenden Rahmenbedingungen bewirken das Gegenteil, das mit der Gesetzesrevision angestrebt werden wollte. In Berücksichtigung der angesprochenen Risiken, ist die Einführung der Mitteilungspflicht für einen spezifischen Bereich von Privatpersonen sehr kritisch zu hinterfragen. Können die angesprochenen Rahmenbedingungen nicht aufgebaut werden, sollte von der vorgesehenen Meldepflicht für private Fachpersonen abgesehen werden.

⁷⁰⁵ BGE 129 IV 124 E. 3.2; 121 IV 109 E. 3a; 120 IV 265 E. 2c/aa; M.w.H. DONATSCH/TAG, 165 ff. welche dafür plädieren, dass in Grenzfällen gestützt auf das Kriterium des Vorsatzes nur solche Hilfeleistungen als strafbar angesehen werden sollten, deren Sinn darin lag, eine strafbare Handlung zu fördern. Des Weiteren verlangt die sog. psychische Gehilfenschaft, dass der Hilfeleistende den Täter in einem vorhandenen deliktischen Willen bestärkt.

⁷⁰⁶ HARRIES/CLARE, 48 ff.; ebenso Positionspapier Kinderschutz Schweiz, 3.

Die fehlende ärztliche Meldepflicht auf Bundesebene setzt das Verantwortungsbewusstsein von Ärzten gegenüber dem Kinderschutz voraus.⁷⁰⁷ Um dieser Verantwortung gerecht zu werden, braucht es Spezialkenntnisse und interdisziplinäre Zusammenarbeit.⁷⁰⁸ Zunächst ist es unabdingbar, den Kinderschutz auf allen Stufen der Aus-, Weiter-, und Fortbildung von Ärztinnen und Ärzten stärker zu gewichten. Die Schilderungen von LIPS⁷⁰⁹ zeigen illustrativ, dass in diesem Bereich Handlungsbedarf besteht. An den medizinischen Fakultäten in der Schweiz werden während dem gesamten Studium von sechs Jahren nicht mehr als zwei bis acht Stunden dem Themenbereich des Kinderschutzes gewidmet. Selbst für Assistenzärzte, die sich zum Facharzt Kinder- und Jugendmedizin weiterbilden, gibt es keine klaren Vorgaben über den zu erreichenden Wissensstand im Bereich des Kinderschutzes. Ob eine Weiterbildung in diesem Bereich erfolgt, hängt derzeit wesentlich von der Eigeninitiative der Kinderklinik bzw. der Person, die innerhalb der Klinik für die Weiterbildung verantwortlich ist, ab. Auf der Ebene der Fortbildung sieht die Situation nicht anders aus. Fachärzte für Kinder- und Jugendmedizin dürfen ihre Weiterbildungen frei auswählen. Damit beruht es auf der Eigeninitiative jedes einzelnen Arztes, ob er oder sie sich im Themenbereich des Kinderschutzes weiterbildet.⁷¹⁰ Je mehr Ärzte über Kenntnisse und Erfahrungen im Kinderschutz verfügen, desto eher wird es möglich sein, sich untereinander zu vernetzen, auszutauschen und Abläufe zu klären.

4.34

⁷⁰⁷ Vgl. Ausführungen unter Rz. 4.26.

⁷⁰⁸ Interessant erscheint in diesem Zusammenhang eine Studie der Fachhochschule Gesundheit von Lausanne in Zusammenarbeit mit der Universität Lausanne. Die Studie belegt, dass es Kinderärzte als hilfreich empfinden, sich untereinander auszutauschen. Selbst sehr erfahrene Kinderärzte unterstreichen die Notwendigkeit, multidisziplinäre Strukturen aufzubauen, um administrative Abläufe und Verfahren zu klären. Vgl. dazu SAVIOZ/BRIOSCHI/SCHWAB/KNÜSEL, 14 f.; zur interdisziplinären Zusammenarbeit vgl. auch Ausführungen unter 5.85 ff.

⁷⁰⁹ LIPS, Kinderschutz und Medizin, 103, 110 f.

⁷¹⁰ Ausführlich dazu LIPS, Kinderschutz und Medizin, 103, 110 f.

2. Kapitel: Ärztliche Sorgfaltspflicht in der Pädiatrie und Neonatologie

I. Vom Grundsatz und dessen Besonderheit

- 4.35 Dem behandelnden Arzt obliegt die Pflicht, den Patienten nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu behandeln. Hierzu zählt Sorgfalt in der Diagnosestellung, der Bestimmung des therapeutischen Vorgehens und der Behandlung.⁷¹¹ Die zu erbringende ärztliche Sorgfalt lässt sich nicht allgemeingültig umschreiben. Sie richtet sich «vielmehr nach den Umständen des Einzelfalles, namentlich nach der Art des Eingriffs oder der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, dem Ermessensspielraum und der Zeit, die dem Arzt zur Verfügung steht, sowie nach Ausbildung und Leistungsfähigkeit, die objektiv von ihm zu erwarten ist».⁷¹²
- 4.36 Bei medizinischen Behandlungen von Kindern sind hinsichtlich der Beurteilung der ärztlichen Sorgfaltspflicht nachfolgende Besonderheiten zu berücksichtigen: Über zahlreiche Leiden und gesundheitliche Störungen bei Kindern stehen keine bzw. lediglich unzureichende Daten zur Verfügung.⁷¹³ Ursache hierfür bildet die Schwierigkeit, an Kindern Forschung zu betreiben. In der Vergangenheit durfte, dem Subsidiaritätsprinzip folgend, nur dann klinische Forschung an Kindern betrieben werden, wenn die angestrebten Erkenntnisse nicht durch Versuche an mündigen und urteilsfähigen Personen erzielt werden konnten (aArt. 55 HMG).⁷¹⁴ Nach dem geltenden Recht sind Forschungsprojekte an

⁷¹¹ Die Rechtsgrundlage der ärztlichen Sorgfalt bildet Art. 398 Abs. 2 OR. Die Pflicht den Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 40 lit. a MedBG. Zur Auslegung dieser als Generalklausel bezeichneten Umschreibung im MedBG ziehen Lehre und Rechtsprechung den Sorgfaltsbegriff des Auftragsrechts (Art. 398 Abs. 2 OR) heran. Vgl. hierzu FELLMANN, MedBG-Komm, N 45 zu Art. 40 MedBG; FELLMANN, Haftung des Arztes, 1935, 1943 ff.; FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 103, 121; WEBER, BSK OR I, N 24 f. zu Art. 398 OR; PALLY HOFMANN, Medizinischer Berufsalltag, 102 ff.; BAUMANN MAX, 123, 135.

⁷¹² Zum Ermessensspielraum ärztlichen Handelns: Urteil des BGer 4A_499/2011 vom 20. März 2012 E. 3.1; Urteil des BGer 4A_48/2010 vom 9. Juli 2010 E. 6.1; Urteil des BGer 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000 E. 1b; siehe auch WIEGAND, Arztvertrag, 81, 104 f.; FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 103, 120 ff.; FELLMANN, Haftung des Arztes, 1935, 1943 f.; JÄGER/SCHWEITER, 34 ff.

⁷¹³ SAMW-Richtlinie und Empfehlung Abgrenzung von Standardtherapie und experimenteller Therapie, 4, Ziff. 2.3; SPRECHER FRANZISKA, behinderte Kinder, 236, 241; LACHENMEIER, Rz. 40; SCHLATTER, 120 ff.

⁷¹⁴ Mit Inkrafttreten des Humanforschungsgesetzes (HFG) wurde aArt. 55 Heilmittelgesetz (HMG) aufgehoben, vgl. Anhang HFG.

Kindern zwar unter leicht gelockerten, aber nach wie vor lediglich unter strengen Voraussetzungen zulässig (Art. 21 HFG). Hinzu kommt die Schwierigkeit, pädiatrische Versuchspersonen zu rekrutieren sowie die Tatsache, dass Forschungsvorhaben mit Kindern im Vergleich zu entsprechenden Untersuchungen mit Erwachsenen mit zusätzlichem Aufwand verbunden sind.⁷¹⁵ Die fehlenden klinischen Prüfungen in der Pädiatrie haben zur Konsequenz, dass bei der Behandlung von Kindern oftmals ein medizinischer Standard fehlt und nicht selten «off-label-use»⁷¹⁶ und «unlicensed-use»⁷¹⁷ Anwendungen auftreten.⁷¹⁸ Das Fehlen von pädiatrischen Zulassungen von Arzneimitteln und Therapien führt zu verschiedenen Problemen. Forschungsergebnisse, die durch klinische Studien mit Erwachsenen gewonnen wurden, lassen sich nicht uneingeschränkt auf die Behandlung von Kindern übertragen. Zudem gibt es Erkrankungen, die nur bei Kindern auftreten. Wiederum andere Krankheiten treten zwar auch bei Erwachsenen auf, haben jedoch bei diesen einen anderen Verlauf. Alles in allem tragen Kinder im Vergleich zu Erwachsenen ein höheres Risiko für nicht erwünschte Arzneimittelwirkungen. Trotzdem sind «off-label-use» und «unlicensed-use» Anwendungen oftmals die einzige Möglichkeit, Kindern zu helfen.⁷¹⁹ Diese Ausgangslage hat in der medizinischen Praxis, beispielsweise in der pädiatrischen Onkologie oder in der Neonatologie, dazu geführt, dass «off-label-use» Anwendungen zum medizinischen Standard und damit zu einer ärztlichen Behandlung *lege artis* wurden.⁷²⁰

Um die Anforderungen, die an die ärztliche Sorgfaltspflicht gestellt werden, zu konkretisieren, ist – wie nachfolgend ausgeführt wird – danach zu unterscheiden, ob der Arzt eine Standardbehandlung (Heilbehandlung/etablierte

4.37

⁷¹⁵ SPRECHER FRANZISKA, behinderte Kinder, 236, 243 ff.; Nationale Ethikkommission, Zur Forschung an Kindern, 7 ff.

⁷¹⁶ Zum Begriff des «off-label-use» vgl. Ausführungen unter Rz. 2.97 ff.

⁷¹⁷ Eine «unlicensed-use» Anwendung liegt vor, wenn für ein Arzneimittel keine behördliche Zulassung des entsprechenden Landes vorliegt. Definitionsgemäss handelt es sich dabei immer um ein ausländisches Medikament. Vgl. PETERMANN, 2.

⁷¹⁸ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.97 ff.

⁷¹⁹ Derzeit läuft die 2. Etappe der Revision des HMG. Durch die Revision sollen Anreize zur Verbesserung der Arzneimittelsicherheit in der Pädiatrie geschaffen werden (Verlängerung des Schutzzertifikates, Verpflichtung Arzneimittel für Kinder zu entwickeln, pädiatrisches Prüfkonzept). Zudem soll sichergestellt werden, dass Fortschritte in der Medizin nicht nur Erwachsenen zugutekommen, sondern auch Kinder von neuen Entwicklungen profitieren können. Das Gesetz tritt voraussichtlich Anfang 2016 in Kraft. Vgl. Botschaft Heilmittelgesetz, 2. Etappe, 11 ff.; SPRECHER FRANZISKA, Arzneimittel, 3, 7.

⁷²⁰ SCHLATTER, 120 ff.; WIDMER, 6; SPRECHER FRANZISKA, Arzneimittel, 3, 4; LACHENMEIER, Rz. 53 f.

Behandlung), einen individuellen Heilversuch («off-label-use» Bereich) oder einen experimentellen Heilversuch durchzuführen beabsichtigt.

II. Ärztliches Behandlungsspektrum und ärztliche Sorgfaltspflicht

1. Etablierte medizinische Behandlung

4.38 Unter einer etablierten medizinischen Behandlung wird eine Behandlung verstanden, die den anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst entspricht und damit zum medizinischen Standard zählt.⁷²¹ Der medizinische Standard wird als «Stand der (natur-)wissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrungen, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat.»⁷²² umschrieben. Zusammenfassend stützt sich der medizinische Standard auf drei Grundpfeiler:

- die Erkenntnisse aus der Forschung,
- die Erfahrungen aus der ärztlichen Praxis sowie
- die Akzeptanz in den medizinischen Fachbereichen.⁷²³

4.39 Obwohl dies in Lehre und Rechtsprechung weitestgehend unbestritten ist, weisen die SAMW und andere Autoren zu Recht auf Umsetzungsprobleme hin.⁷²⁴ Unklar ist beispielsweise, ob alle drei Grundpfeiler in gleicher Deutlichkeit vorzuliegen haben oder ob es zulässig ist, dass ein oder möglicherweise auch zwei Kriterien überwiegen. Kann von einem medizinischen Standard gesprochen werden, wenn wissenschaftliche Erkenntnisse nicht bzw. nur teilweise mit den Erfahrungen aus der medizinischen Praxis übereinstimmen? Wann ist von einer fachmedizinischen Akzeptanz auszugehen?⁷²⁵ Wer legt diese fest? Wie viele Erfahrungswerte aus der ärztlichen Praxis sind erforderlich? Diese Fragen verdeutlichen die Schwierigkeit, den vielverwendeten Begriff des medizinischen Standards verbindlich festzulegen.

⁷²¹ Die Medizin verwendet für derartige Behandlungen auch den Begriff der sog. evidenzbasierten Medizin. Vgl. hierzu FMH Medizinische Guidelines: Voraussetzungen und Anwendung, 52.

⁷²² Vgl. VAN SPYK, 157; zur lex artis in der Neonatologie SCHLATTER, 132 ff.

⁷²³ VAN SPYK, 159 f.; WIDMER, 6.

⁷²⁴ SAMW-Richtlinie und Empfehlung Abgrenzung von Standardtherapie und experimenteller Therapie, 5 ff. Der Begriff der Standardtherapie wird im Alltag je nach Betrachtungsebene (Evidenz, fachliche Empfehlungen, Zulassung der Heilmittelbehörde unterschiedlich ausgelegt). Ebenso VAN SPYK, 158 ff.; WIDMER, 6 f.

⁷²⁵ SAMW-Richtlinie und Empfehlung Abgrenzung von Standardtherapie und experimenteller Therapie, 5 ff.

Um diese Problematik zu entschärfen, haben verschiedene ärztliche Fachgesellschaften Empfehlungen (Guidelines) erarbeitet, die den medizinischen Standard bei der Behandlung spezifischer Krankheitsbilder umschreiben. Es ist jedoch längst nicht so, dass für jedwelche Behandlung derartige Richtlinien bzw. Empfehlungen existieren. Im Übrigen gibt es in bestimmten Fachbereichen eine Vielzahl zum Teil sich widersprechender Empfehlungen, was der Übersicht abträglich ist. Wiederum andere Empfehlungen entsprechen nicht mehr den neuesten Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft.⁷²⁶ 4.40

Gleichwohl werden SAMW-Richtlinien oder fachärztliche Empfehlungen in Haftpflichtprozessen, wenn es um eine behauptete Sorgfaltspflichtverletzung geht, als Massstab für die gebührende Sorgfalt beigezogen.⁷²⁷ Allerdings bedeutet das Abweichen von einer Behandlungsempfehlung oder einer Richtlinie nicht automatisch eine Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht. Solange sich die Nichtanwendung der Behandlungsempfehlung aus ärztlicher Sicht begründen lässt, liegt keine Pflichtverletzung vor. Der Arzt hat in der Feststellung der Diagnose sowie in der Bestimmung therapeutischer oder anderer Massnahmen meist einen Ermessensspielraum, womit er unter verschiedenen in Betracht fallenden Möglichkeiten auswählen kann.⁷²⁸ Von einer Pflichtverletzung ist erst dann auszugehen, wenn ein ärztliches Vorgehen nach dem allgemeinen fachlichen Wissensstand nicht mehr vertretbar ist und ausserhalb der objektivierten ärztlichen Kunst liegt.⁷²⁹ 4.41

⁷²⁶ Zur Verwendung und der Qualität von Guidelines: FMH Medizinische Guidelines, Voraussetzungen und Anwendung, 52 f.; zur Massgeblichkeit von soft law vgl. Ausführungen unter Rz. 2.81 ff.

⁷²⁷ Urteil des BGer 2C_9/2010 vom 12. April 2010 E. 3.1; BGE 123 I 112 E. 7c; 121 V 289 E. 7c; zur Abkehr von der bisherigen Praxis vgl. Urteil des BGer 6B_599/2010 vom 26. August 2010 E. 6.2.2. In diesem Entscheid hat das Bundesgericht den SAMW-Richtlinien keine wesentliche Bedeutung zugemessen. Dieses Urteil wurde in der Lehre hinsichtlich seiner Begründung – nicht jedoch hinsichtlich seines Ergebnisses – stark kritisiert und von der plaedoyer Jury zum Fehlurteil des Jahres 2010 gekürt. Vgl. plaedoyer 1/11, 82; vgl. dazu auch RÜETSCHI, 231, 239.

⁷²⁸ Vgl. dazu Urteil des BGer 4C.53/2000 vom 13. Juni 2006 E. 1b; ebenso BGE 133 III 121 E. 3.1; 120 Ib 411 E. 4a; 115 Ib 175 E. 3b; FELLMANN, Haftung des Arztes, 1935, 1943 ff.; siehe auch FMH Medizinische Guidelines, Voraussetzungen und Anwendung, 52 f.; SCHLATTER, 130 ff., 158 ff.

⁷²⁹ Vgl. Urteil des BGer 4A_48/2010 vom 9. Juli 2010 E. 6.1; BGE 130 IV 7 E. 3.3; 120 Ib 411 E. 4; 120 II 248 E. 2c; siehe dazu auch PALLY HOFMANN, Medizinischer Berufsalltag, 102 f.; WIEGAND, Arztvertrag, 81, 104 ff.; FELLMANN, Haftung des Arztes, 1935, 1943 ff.; SCHLATTER, 158 f.

2. «off-label-use» Bereich

- 4.42 Ärzten ist es grundsätzlich im Rahmen der Therapiefreiheit erlaubt, Arzneimittel und Heilverfahren anzuwenden, für die noch keine erprobte, nach wissenschaftlichen Erkenntnissen standardisierte Verfahren vorliegen.⁷³⁰ Allerdings müssen kumulativ folgende Voraussetzungen vorliegen:
- etablierte Verfahren fehlen oder sind nicht erfolgsversprechend
 - es bestehen verlässliche Evidenzen über die Wirksamkeit und Sicherheit der Behandlung und
 - erhöhte Anforderungen an die ärztliche Sorgfalts- und Aufklärungspflicht werden beachtet.⁷³¹
- 4.43 Patienten sind in erster Linie mit etablierten Heilverfahren und behördlich zugelassenen Medikamenten zu behandeln. Erst wenn die Standardtherapie nicht erfolgreich war bzw. erfolgsversprechend ist, steht es im Ermessen des Arztes, den medizinischen Standard zu verlassen und im Interesse des Patienten nicht vollständig geprüfte Heilmittel oder Heilverfahren anzuwenden.⁷³²
- 4.44 Dies setzt voraus, dass verlässliche (jedoch noch nicht systematisch überprüfte) Anhaltspunkte für eine therapeutische oder diagnostische Wirkung der Behandlung vorliegen.⁷³³ Die voraussichtlichen Vor- und Nachteile der Behandlung müssen in der Abwägung ein Abweichen von der Standardtherapie rechtfertigen, sofern eine solche besteht.⁷³⁴ In Analogie zu Art. 9 Abs. 4 HMG kann ein individueller Heilversuch gerechtfertigt sein, wenn von der

⁷³⁰ Vgl. BGE 134 IV 175 E. 4.2; 130 I 337 E. 5.3; 120 Ib 411, E. 4a; siehe auch VAN SPYK, 160 f.; PETERMANN, 1 ff.; nach LACHENMEIER, Rz. 16, Rz. 57 ff., kann eine medizinische Indikation den Arzt dazu verpflichten, eine Therapie mit nicht zugelassenen Arzneimitteln durchzuführen. Eine unterlassene «off-label-use» Behandlung, welche indiziert gewesen wäre, kann daher seines Erachtens eine Haftung nach sich ziehen. Zum notwendigen «off-label-use» für das deutsche Recht: DEUTSCH/SPICKHOFF, 1041; ebenso Entscheid des OLG Köln VersR 1991, 186. Das OLG Köln hat in diesem Fall die unterlassene Verordnung des Medikamentes (Aciclovir), welches zum damaligen Zeitpunkt (noch) nicht für Kinder zugelassen war, bei einer viralen Hirnhautentzündung eines Kindes als schweren Behandlungsfehler eingestuft. Der Arzt hätte sich kundig machen müssen, dass das Medikament im betreffenden Fall das Mittel der Wahl gewesen wäre.

⁷³¹ Vgl. dazu VAN SPYK, 160 f.

⁷³² SCHWEIZER/VAN SPYK, 535, 542; VAN SPYK, 160 f.; SAMW-Richtlinie und Empfehlung Abgrenzung von Standardtherapie und experimenteller Therapie, 10 f.

⁷³³ SPRECHER/VAN SPYK, 7; SCHWEIZER/VAN SPYK, 535, 542; SPRECHER FRANZISKA, behinderte Kinder, 236, 238 f.

⁷³⁴ WIDMER, 8.

Anwendung eines noch nicht etablierten Verfahrens ein «grosser therapeutischer Nutzen» zu erwarten ist.

Hinsichtlich der Anforderungen an die Sorgfalts- und Aufklärungspflichten gilt der Grundsatz, wonach diese umso umfassender zu sein haben, je neuer und unerprobter die vom anerkannten Standard abweichende Behandlung ist und je höher die Risiken für den Patienten einzuschätzen sind.⁷³⁵ Hierfür hat der Arzt hat eine gewissenhafte, sorgfältige und sachkundige Risiken-/Nutzenabwägung sämtlicher in Betracht kommender Behandlungsmöglichkeiten vorzunehmen. Er hat die Eltern darüber aufzuklären, dass es keine Standardbehandlung gibt oder diese nicht sinnvoll oder erfolgversprechend ist. Zudem bedarf es einer Begründung, weshalb der vorgeschlagene Heilversuch ausgewählt wurde und – neben den bekannten und üblichen Risiken bei medizinischen Eingriffen und Behandlungen – auch unbekannte Risiken auftreten können.⁷³⁶ Da bei Heilversuchen definitionsgemäss ein medizinischer Standard fehlt, ist die Kostenübernahme möglicherweise nicht gewährleistet. Der behandelnde Arzt steht daher auch in der Pflicht, die Eltern über die nicht gesicherte Krankenkassendeckung aufzuklären.⁷³⁷ 4.45

3. Experimentelle Einzelfallbehandlungen

Im Unterschied zu Behandlungen im «off-label-use» Bereich, fehlen bei einer experimentellen Einzelfallbehandlung verlässliche Evidenzen über die Wirksamkeit der Behandlung.⁷³⁸ Gleichwohl fallen derartige Behandlungen nicht unter die spezialgesetzlichen Regelungen des HFG.⁷³⁹ Diese Tatsache wurde von der Schweizerischen Stiftung für Patientenschutz (SPO)⁷⁴⁰ sowie auch in der Lehre⁷⁴¹ teilweise stark kritisiert und führte schliesslich dazu, dass der Bundesrat durch eine Motion beauftragt wurde, sich der Thematik 4.46

⁷³⁵ RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 164 ff.; WIEGAND, Aufklärungspflicht, 119, 176; VAN SPYK, 162; SPRECHER/VAN SPYK, 3.

⁷³⁶ Urteil des BGer 4P.110/2003 vom 26. August 2003 E. 3.1.1; PALLY HOFMANN, Medizinischer Berufsalltag, 112 f.; SPRECHER/VAN SPYK, 7; VAN SPYK, 163; für das deutsche Recht DEUTSCH/SPICKHOFF, 1041.

⁷³⁷ LACHENMEIER, Rz. 57, mit Verweis auf haftungsrechtliche Aspekte; PALLY HOFMANN, Medizinischer Berufsalltag, 118 f.; ROGGO, 120.

⁷³⁸ Zum Begriff der experimentellen Einzelfallbehandlung vgl. Ausführungen unter Rz. 2.98.

⁷³⁹ Vgl. Ausführungen unter Rz. 2.99.

⁷⁴⁰ Vgl. Medienmitteilung SPO vom 10. März 2011, «Humanforschungsgesetz nach Behandlung im Nationalrat weiterhin mit grosser Lücke», <http://www.spo.ch/wp-content/uploads/20110310_MM_SPO_Humanforschungsgesetz_mit_grosser_Luecke.pdf> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁷⁴¹ Vgl. SPRECHER/VAN SPYK, 8.

anzunehmen und zu klären, ob gegebenenfalls sachgerechte Ergänzungen der geltenden Bestimmungen erforderlich sind.⁷⁴²

4.47 Die SAMW hat sich in ihrer Richtlinie und Empfehlung «Abgrenzung von Standardtherapie und experimenteller Therapie» mit der Thematik auseinandergesetzt. Sie umschreibt die ärztliche Sorgfaltspflicht bei experimentellen Einzelfallbehandlungen wie folgt:⁷⁴³

- Gibt es eine Standardtherapie, ist zu begründen (und zu dokumentieren), weshalb diese nicht durchgeführt wird.
- Die experimentelle Heilbehandlung ist der Nichtbehandlung in einer strengen Risiko-/Nutzenabwägung gegenüberzustellen.
- Bei experimentellen Operationsmethoden oder komplexen Behandlungsstrategien ist gesondert zu überprüfen, ob das Verfahren genügend beherrscht wird.
- Sofern nicht von einem minimalen Risiko auszugehen ist, muss eine zu dokumentierende Einschätzung eines Expertengremiums oder einer zweiten Fachperson eingeholt werden.
- Die Behandlung ist lückenlos zu überwachen und zu dokumentieren. Es ist sicherzustellen, dass die Behandlung jederzeitig abgebrochen werden kann, sobald sich herausstellt, dass diese erfolglos ist oder das Risiko-/Nutzenverhältnis nicht mehr vertretbar ist.
- Es ist zu überprüfen, ob die experimentelle Therapie nicht im Rahmen eines laufenden oder neu zu lancierenden Forschungsprojektes durchgeführt werden kann.
- Die Checkliste des (zu dokumentierenden) Aufklärungsgespräches ist einzuhalten.

III. Fazit

4.48 Je weiter sich der Arzt vom medizinischen Standard entfernt, desto höher sind die Anforderungen an die ärztliche Sorgfaltspflicht und umso gewissenhafter und umfassender ist das Abweichen vom üblichen Vorgehen zu begründen. Parallel ansteigend zur Sorgfaltspflicht bewegt sich die ärztliche Aufklärungspflicht. Auch diese unterliegt umso höheren Anforderungen, je stärker vom Standard abgewichen wird. Obwohl die beschriebenen Grundsätze zur ärztlichen Sorgfaltspflicht nachvollziehbar und berechtigt erscheinen,

⁷⁴² Vgl. Motion «Heilversuche» vom 12. Januar 2011 (11.3001), <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20113001> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁷⁴³ SAMW-Richtlinie und Empfehlung Abgrenzung von Standardtherapie und experimenteller Einzelfallbehandlung, 11 ff.

verbleiben Abgrenzungsschwierigkeiten hinsichtlich dem was als Standard, was ansatzweise anerkannt und was als Experiment einzuordnen ist.

Wie erwähnt, können «off-label-use» Anwendungen insbesondere in der Pädiatrie und Neonatologie zum Standard werden.⁷⁴⁴ Ebenso ist die Abgrenzung zur experimentellen Einzelfallbehandlung fließend. Dadurch kann es anspruchsvoll werden, den Ermessensspielraum ärztlichen Handelns zu konkretisieren. Selbst wenn es nicht möglich und im Übrigen auch nicht sinnvoll ist, denselben abschliessend und für jeden Einzelfall zu definieren, macht es zumindest Sinn, die Grenzen der ärztlichen Therapiefreiheit zu klären. Ein möglicher Ansatzpunkt hierfür liegt im Bereich der ärztlichen Richtlinien und Guidelines. In diesem Zusammenhang sind medizinische Fachgesellschaften unter Aufsicht der Politik gefordert, deren Entwicklung zu analysieren, Qualitätsmerkmale zu erarbeiten und für deren rasche und permanente Aktualisierung zu sorgen. 4.49

⁷⁴⁴ Vgl. Ausführungen unter Rz. 4.36.

5. Teil: Medizinische Kinderschutzarbeit in Konflikt- und schwierigen Entscheidungssituationen

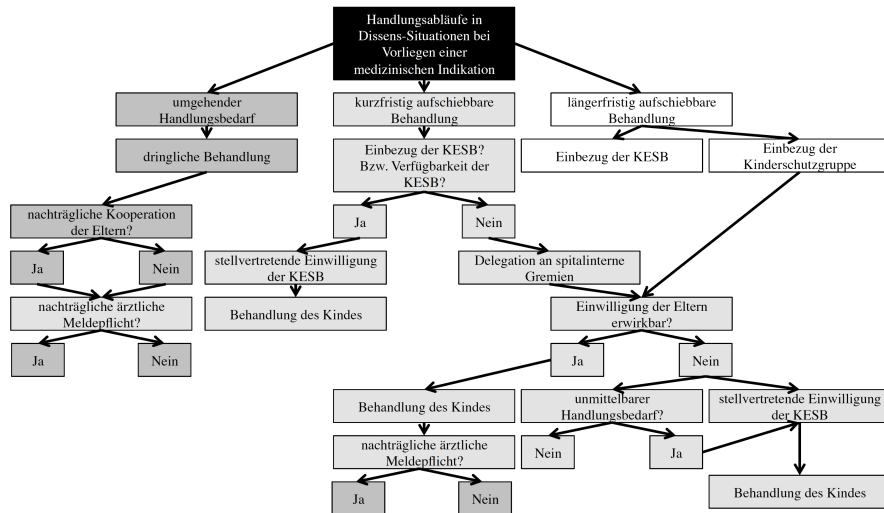
1. Kapitel: Einleitung und Ziel der Untersuchung

In den vorangehenden Ausführungen wurden die Rechtsgrundlagen, Eingriffsrechte- und Eingriffspflichten sowie auch Grenzbereiche bei gesundheitlichen Fragestellungen von Kindern aus Sicht der Eltern, des Staates sowie des Arztes dargestellt. Der fünfte Teil der Untersuchung ist der medizinischen Kinderschutzarbeit und in diesem Zusammenhang insbesondere den Handlungsabläufen und Handlungsinstrumenten in Konflikt- oder schwierigen Entscheidungssituationen gewidmet. Hierbei ist von Interesse, welche Rechte und Pflichten den Eltern, dem betroffenen Kind, Ärzten und gesundheitlichen Institutionen im Rahmen der Erarbeitung eines Behandlungsvorschlags obliegen und wie bei Dissens vorgegangen wird. Es sind Abläufe und Verfahren zu klären und diejenigen Punkte aufzugreifen und zu bearbeiten, die aus juristischer Sicht Fragen aufwerfen. Zur besseren Veranschaulichung macht es Sinn, zwei Themengruppen zu bilden. In der einen Gruppe werden diejenigen Praxis-Abläufe beschrieben und hinterfragt, in denen eine medizinische Indikation für eine ärztliche Behandlung zwar klar gegeben ist, sich die Eltern jedoch nicht damit einverstanden erklären können (Konfliktsituation). In der anderen Gruppe werden diejenigen Abläufe untersucht, die zur Anwendung gelangen, wenn aus medizinischer Sicht nicht eindeutig gesagt werden kann, ob die vorgesehene Behandlung im Interesse und zum Wohl des Kindes ist (sog. Grenzbereiche der Pädiatrie und Neonatologie). 5.1

2. Kapitel: Handlungsabläufe und Handlungsinstrumente bei indizierten Eingriffen

Verweigern die Eltern eines urteilsunfähigen Kindes ihre Einwilligung zu einer medizinisch indizierten Behandlung, liegt ein Dissens zwischen dem behandelnden Arzt/Behandlungsteam und den Eltern vor. Hinsichtlich der in die Wege zu leitenden Massnahmen und der beizuziehenden Gremien ist der zeitliche Faktor von wesentlicher Bedeutung. Das Vorgehen bei umgehender Behandlungsindikation unterscheidet sich entsprechend der untenstehenden 5.2

Grafik und den nachfolgenden Ausführungen von den Massnahmen bei kurzfristig bzw. längerfristig aufschiebbaren Behandlungen.



I. Dringliche Behandlung

A) Ausgangslage

- 5.3 Reicht die Zeit nicht um die KESB zu kontaktieren bzw. deren Entscheid abzuwarten, ist die Situation dringlich, weshalb der behandelnde Arzt sowohl berechtigt, als auch verpflichtet ist, ohne oder entgegen dem elterlichen Willen zu handeln.⁷⁴⁵ Eine solche Situation kann beispielsweise vorliegen, wenn mit der Behandlung innerhalb weniger Tage begonnen werden sollte, die KESB aber (in Ermangelung eines Pikettdienstes) nicht so kurzfristig entscheiden kann. Dient der Wille der Eltern nicht dem Interesse und Wohl des Kindes, ist auf die Meinung der Eltern nicht weiter Rücksicht zu nehmen. Dieser kommt keine rechtliche Bedeutung zu.⁷⁴⁶

B) Nachträgliche ärztliche Meldepflicht?

- 5.4 Nach Abschluss der dringlichen Behandlung ohne oder entgegen dem elterlichen Willen interessiert, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der behandelnde Arzt verpflichtet ist, Drittpersonen oder die KESB zuzuziehen. Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst zu klären, ob im

⁷⁴⁵ Zu den Voraussetzungen der Dringlichkeit vgl. Ausführungen unter Rz. 2.13 ff.

⁷⁴⁶ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.12; Rz. 2.68 f.

jeweiligen Kanton eine ärztliche Meldepflicht besteht.⁷⁴⁷ Des Weiteren kann sich möglicherweise gestützt auf die Sicherungsaufklärung des Arztes (auch therapeutische Aufklärung) eine Pflicht zur Zuziehung von Drittpersonen ergeben.

Rechtsgrundlage der Sicherungsaufklärung bildet Art. 394 Abs. 1 OR. Die Sicherungsaufklärung verpflichtet den Arzt, den Patienten darüber aufzuklären und zu informieren, wie er sich künftig zu verhalten hat, um seine Heilung zu fördern, jedenfalls aber nicht zu gefährden.⁷⁴⁸ Für eine optimale Genesung ist es in der Regel nicht unwesentlich, dass sich ein Patient nach einem medizinischen Eingriff an die Anweisungen des Arztes hält. Zu denken ist beispielsweise an medikamentöse Nachbehandlungen, Physiotherapie, Kontrolluntersuchungen, etc. Die Sicherungsaufklärung des Arztes bildet einen wichtigen Bestandteil der ärztlichen Behandlung und wird in der Lehre als eine Vertragspflicht des Arztes angesehen. Unterlässt der Arzt diese Hinweise, begeht er eine Vertragsverletzung, für die er schadenersatzpflichtig werden kann.⁷⁴⁹ Die Grenze der Sicherungsaufklärung bildet die Eigenverantwortung und das Selbstbestimmungsrecht einer jeden urteilsfähigen Person. Die Sicherungsaufklärung darf daher nicht so weit gehen, dass der Arzt «die Rolle eines dauerhaften Aufpassers» einnimmt.⁷⁵⁰ 5.5

Nach dem Gesagten obliegt dem Arzt in Wahrnehmung seiner Sicherungsaufklärung die Pflicht, die Eltern darüber aufzuklären, wie sie das Kind für eine optimale Genesung unterstützen und begleiten können. Wird die gesundheitliche Genesung eines Kindes durch ein offensichtliches oder latentes 5.6

⁷⁴⁷ Zur ärztlichen Meldepflicht in den Kantonen und der vorgesehenen Revision der Melderegungen im Kinderschutz vgl. Ausführungen unter Rz. 4.17 ff.

⁷⁴⁸ M.w.H. zur Sicherungsaufklärung vgl. Urteil des BGer 4C.229/2000 vom 27. November 2001 E. 3a ff.; zur Haftung eines Arztes infolge unzureichender Sicherungsaufklärung durch seine Hilfsperson vgl. BGE 116 II 519 E. 3b. Die Praxisassistentin rät einer Mutter, die telefonisch um einen Behandlungstermin für ihr Kind bittet, das an starkem Durchfall und Erbrechen leidet, zu strenger Diät, nicht jedoch zu den gebotenen Massnahmen hinsichtlich der Gefahr der Dehydrierung. Die fehlerhafte und ungenügende Aufklärung der Praxisassistentin wurde dem Arzt zugerechnet. Zur Sicherungsaufklärung siehe auch SCHÖNI, 112 f.; FELLMANN, Aufklärung von Patienten, 171, 175 ff.; PAYLLER, Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, 37 ff.; WIEGAND, Aufklärungspflicht, 128; FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 172, 184 ff.; für das deutsche Recht: DEUTSCH/SPICKHOFF, 180 ff.

⁷⁴⁹ FELLMANN, Aufklärung von Patienten, 171, 172 ff.; WIEGAND, Aufklärungspflicht, 128, 190; FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 184 f.; für das deutsche Recht: LIPP, 29, 78 ff.

⁷⁵⁰ FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 187; für das deutsche Recht: LAUFS, Ärztliche Aufklärungspflicht, 703, 712 f.

Desinteresse oder Unverständnis der Eltern gefährdet bzw. voraussichtlich gefährdet, hat der behandelnde Arzt die erforderlichen Schritte zum Schutz des Kindes in die Wege zu leiten.⁷⁵¹ Wie die Reaktion des Arztes im Einzelfall zu erfolgen hat und ob direkt die KESB zu informieren ist oder ob es zunächst ausreichend ist, Drittpersonen zuzuziehen, ist abhängig von der Gefährdungssituation des Kindes und liegt im Ermessen des Arztes.⁷⁵²

- 5.7 Wichtig erscheint, dass die weitere gesundheitliche Entwicklung des Kindes beobachtet wird. Dies gilt selbst dann, wenn Eltern den Unannehmlichkeiten aus dem Weg gehen, indem sie das Kind von einem anderen Arzt behandeln lassen, welcher über die Vorgeschichte nicht informiert ist. Sofern bis zu diesem Zeitpunkt noch keine Drittpersonen eingeschaltet wurden und es aus medizinischen Gründen und zum Schutz der gesundheitlichen Entwicklung des betroffenen Kindes wichtig erscheint, dass Beobachtungen und Erkenntnisse der Erstbehandlung weitergegeben werden, steht der erstbehandelnde Arzt basierend auf einer allfällig bestehenden kantonalen Meldepflicht sowie aufgrund der vertraglichen Sicherungsaufklärung in der Pflicht, die KESB oder andere Organisationen des freiwilligen Kindes- und Jugendschutzes⁷⁵³ zuzuziehen.

II. Kurzfristig aufschiebbare Behandlung

1. Begrenzter Ermessensspielraum und Verfügbarkeit der KESB

- 5.8 Lässt sich eine medizinisch indizierte Behandlung wenige Stunden oder Tage aufschieben, sollte sich der Arzt um die stellvertretende Einwilligung der KESB bemühen. Das Bestehen der medizinischen Indikation sowie der enge Zeitrahmen haben letztlich einen sehr begrenzten Ermessensspielraum der KESB zur Folge. Sie hat die Eltern superprovisorisch von ihrem Vertretungsrecht zur Einwilligung in die medizinische Behandlung ihres Kindes zu entbinden und dem behandelnden Arzt superprovisorisch bzw. vorsorglich

⁷⁵¹ Vgl. dazu Entscheid des OLG Koblenz MedR 2000, 37 (VersR 2001, 1100). Einem Arzt obliegt – selbst wenn kein Behandlungsfehler passiert ist – nach Behandlungsende die Pflicht, von sich aus alles zu tun, um die Auswirkungen einer möglichen Gesundheitsschädigung so gering wie möglich zu halten. Je nach Konstellation ist der Patient oder der Hausarzt zu informieren, um eine sachgerechte Nachbehandlung oder Vorsorge für den Fall des Eintritts des Risikos sicherzustellen.

⁷⁵² Auch bei der Erörterung der Sicherungsaufklärung gilt der Grundsatz, wonach das elterliche Vertretungsrecht seine Grenze findet, wenn das Kind durch die Verhaltensweise der Eltern einer Gefährdung ausgesetzt ist. Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.68 f.

⁷⁵³ Zum freiwilligen Kindes- und Jugendschutz vgl. Rz. 3.5.

die Einwilligung zu erteilen, das Kind zu behandeln.⁷⁵⁴ Problematisch an dieser Sachlage ist, dass sich die KESB vollumfänglich auf die Sachverhaltsdarstellung und das Fachwissen der medizinischen Fachperson zu verlassen hat. In der beschriebenen Situation reicht die Zeit für umfassende Abklärungen und aufklärende Gespräche mit den Eltern nicht. Der Arzt erlangt dadurch eine nicht unwesentliche Verantwortungs- und Machtposition. Aufgrund der ärztlichen Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung,⁷⁵⁵ der Pflicht zur Wahrung der Patientenrechte⁷⁵⁶ sowie der Pflicht «in dringenden Fällen Beistand»⁷⁵⁷ zu leisten, ist diese Machtposition allerdings zu relativieren.

Bedarf es einer stellvertretenden Einwilligung ausserhalb der Bürozeiten, kann dies nur bei Bestehen eines KESB-Pikettdienstes gewährleistet werden. Wie andernorts erörtert, existieren nicht in allen Kantonen derartige Dienste.⁷⁵⁸ Erste Erfahrungen aus Kantonen, die über einen KESB-Pikettdienst verfügen, zeigen, dass dieses Angebot insbesondere bei Fragen und zu fällenden Entscheidungen im Kindesschutzbereich genutzt werden.⁷⁵⁹ Behandelnde Ärzte schätzen es, unmittelbare Rückendeckung durch die Behörden zu bekommen. Dadurch lässt sich die – in den fraglichen Situationen nicht selten – schwierige Zusammenarbeit mit Eltern erleichtern.⁷⁶⁰ Einzelne Kantone ohne KESB-Pikettdienst haben eine alternative Lösungsmöglichkeit entwickelt, auf welche sogleich einzugehen ist. 5.9

2. Zurückbehaltung in der Institution

A) Ausgangslage und Rechtfertigung

In einzelnen Kantonen hat die KESB, die über keinen Pikettdienst verfügt, Spitäler und Heime im Bedarfsfall (an Wochenenden, Feiertagen und ausserhalb der Bürozeiten) ermächtigt, ein gefährdetes Kind entgegen dem Willen der Eltern in der gesundheitlichen Institution zurückzubehalten. Die jeweilige Institution hat die kantonale KESB baldmöglichst, d.h. am nächsten Werktag über die Zurückbehaltung zu informieren und einen entsprechenden Antrag für eine Kindesschutzmassnahme zu stellen.⁷⁶¹ Als Rechtfertigung für diese beschriebene Zurückbehaltung wird im Wesentlichen darauf abgestellt, dass die 5.10

⁷⁵⁴ Art. 306 Abs. 2 ZGB oder Art. 314 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 445 ZGB.

⁷⁵⁵ Vgl. Art. 40 lit. a MedBG.

⁷⁵⁶ Vgl. Art. 40 lit. c MedBG.

⁷⁵⁷ Vgl. Art. 40 lit. g MedBG.

⁷⁵⁸ Vgl. Ausführungen unter Rz. 3.89 ff.

⁷⁵⁹ Interview mit lic.iur. A. Schöb, Familiengericht AG vom 5. Mai 2014.

⁷⁶⁰ Interview mit Dr. med. M. Wopmann, Spitalinterner Kindesschutz Schweiz, vom 5. Mai 2014; RAMSEIER/MÜNGER, 3.

⁷⁶¹ So z.B. im Kanton Zürich gemäss Interview mit Dr. med. G. Staubli, Leiter Kinderschutzgruppe des Kinderspitals Zürich vom 5. Mai 2014.

Verantwortlichen der Institution in Wahrnehmung überwiegender Interessen, der Berufspflicht und der Notstandshilfe (Art. 17 StGB) handeln würden, weshalb eine Strafbarkeit nach Art. 220 StGB (Entziehen von Unmündigen) entfalle.

B) Stellungnahme

- 5.11 Aus Sicht der stationären Einrichtung mag sich die Zurückbehaltung eines gefährdeten Kindes im Einzelfall begründen lassen. Die gesundheitliche Institution handelt in der beschriebenen Situation in Wahrnehmung ihrer Fürsorgepflicht nach Art. 219 StGB und ist damit nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, das Kind vor einer unmittelbaren Gefahr zu schützen.⁷⁶² Ob sich die Zurückbehaltung des Kindes aus Sicht der stationären Einrichtung durch die Geltendmachung eines rechtfertigenden Notstandes nach Art. 17 StGB grundsätzlich rechtfertigen lässt, ist nach der hier vertretenen Ansicht allerdings fraglich.⁷⁶³
- 5.12 Die beschriebene Handhabung, wonach sich eine gesundheitliche Institution zur Zurückbehaltung eines Kindes an Wochenenden und Feiertagen durchwegs auf die Notstandshilfe beruft, ist aus rechtsdogmatischer Sicht heikel. Problematisch an diesem Vorgehen ist, dass die Notstandshilfe für Situationen angerufen wird, die voraussehbar sind und immer wieder eintreten. Zu denken ist an Kinder, die aufgrund eines Verdachts auf eine körperliche Misshandlung oder einen sexuellen Missbrauch nicht unter die elterliche Obhut zurückgegeben werden können oder aber auch an Fälle, bei denen Eltern stationäre Behandlungen, die medizinisch indiziert sind, ablehnen oder abbrechen wollen.
- 5.13 Die Anrufung eines rechtfertigenden Notstandes ist nach Lehre und Rechtsprechung nur für kurzfristige und vorübergehende Lösungen vorgesehen und ist damit nur im engen zeitlichen und sachlichen Rahmen akzeptiert.⁷⁶⁴ Die

⁷⁶² Die Fürsorgepflicht bzw. Garantenstellung nach Art. 219 StGB kann auf Gesetz, Vertrag oder einer tatsächlichen Situation beruhen. Garanten sind neben Eltern, Adoptiveltern, Lehrer, Leiter/Direktor einer Anstalt oder eines Heims, Pflegepersonal, etc. Vgl. BGE 125 IV 64 E. 1a; ECKERT, BSK StGB II, N 6 zu Art. 219 StGB.

⁷⁶³ Voraussetzung hierfür ist, dass die betroffene Person unmittelbar gefährdet ist und die Gefahr nicht anders abwendbar ist (absolute Subsidiarität). Vgl. dazu SEELMANN, BSK StGB I, N 5 ff. zu Art. 17 StGB.

⁷⁶⁴ Konkret darf die Gefahr nicht anders abwendbar sein. Vgl. dazu SEELMANN, BSK StGB I, N 7 zu Art. 17 StGB; zum Themenbereich der Freiheitsbeschränkungen und der Anrufung eines rechtfertigenden Notstandes vgl. auch die Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel Urteil des BGer 5A_335/2010 vom 6. Juli 2010 E. 5.3.2; BGE 132 I 229 E. 10; 130 I 369 E. 7.3; siehe auch MÖSCH PAYOT, Heimbereich, 5, 24.

beschriebenen Freiheitsbeschränkungen im Spital, liegen nach der hier vertretenen Ansicht jedoch ausserhalb des engen Anwendungsbereichs. Zum einen handelt es sich, wie bereits erwähnt, um voraussehbare und immer wieder auftretende Konstellationen. Zudem hat der Gesetzgeber auf Bundesebene durch Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 Abs. 1 und 2 ZGB, insbesondere für derartige Fälle, eine Regelung vorgesehen, wonach die kantonale KESB zum Wohl und Schutz von hilfsbedürftigen Kindern vorsorgliche und bei besonderer Dringlichkeit superprovisorische Massnahmen anzuordnen hat (Art. 445 Abs. 1 und 2 ZGB).⁷⁶⁵ Aus den genannten Gründen widerspricht die Anrufung eines rechtfertigenden Notstandes zur Zurückbehaltung eines Kindes in einer gesundheitlichen Institution dem Willen des Gesetzgebers und kann daher nicht herangezogen werden, um das Vorgehen zu rechtfertigen.

Um den vom Gesetzgeber angestrebten Schutz hilfsbedürftiger oder gefährdeter Kinder sicherzustellen, hat die KESB rund um die Uhr zur Verfügung stehen. Nur bei Vorliegen dieser Voraussetzung kann sie die erforderlichen Massnahmen (Entzug des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts sowie ev. die stellvertretende Einwilligung in die medizinische Behandlung des Kindes), anordnen. Insofern widerspricht die geltende Praxis, wonach es im Ermessen der Kantone liegt, einen KESB-Pikettdienst einzurichten, dem angestrebten Schutzzweck des Gesetzgebers. Daher ist es nach der hier vertretenen Ansicht unausweichlich, die Kantone gesamtschweizerisch zu verpflichten, einen KESB-Pikettdienst einzurichten. 5.14

III. Längerfristig aufschiebbare Behandlungen - Einbezug der spitalinternen Kindesschutzgruppe

1. Ausgangslage

Lässt sich eine medizinisch indizierte Behandlung einige Tage oder Wochen aufschieben, hat der behandelnde Arzt – bei fehlender Einwilligung der Eltern – grundsätzlich die stellvertretende Einwilligung der KESB einzuholen. Bestehen Anzeichen für eine einvernehmliche Lösung mit den Eltern oder ist die Gefährdungssituation des Kindes unklar, kann es sinnvoll sein, den Fall zunächst intern, z.B. durch Einbezug der spitalinternen Kindesschutzgruppe zu besprechen. 5.15

⁷⁶⁵ Vgl. Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 Abs. 1 und 2 ZGB; m.w.H. zu vorsorglichen und superprovisorischen Anordnungen vgl. Ausführungen unter Rz. 3.88 ff.

5.16 Spitalinterne Kinderschutzzgruppen zählen zum freiwilligen Kindes- und Jugendschutz. Sie sind interdisziplinär zusammengesetzt⁷⁶⁶ und befassen sich mit «Kindern und Jugendlichen, bei denen der Verdacht oder die Gewissheit besteht, dass sie körperlicher oder seelischer Misshandlung, Vernachlässigung⁷⁶⁷ oder sexuellen Übergriffen ausgesetzt waren oder es weiterhin sind.»⁷⁶⁸ Zusammengefasst lassen sich ihre Aufgabenbereiche wie folgt beschreiben:

- interdisziplinäre fallbezogene Diagnostik, Abklärung und Einschätzung der Gefährdung,
- Beratung und Begleitung (Abgabe von Empfehlungen für das weitere Vorgehen sowie Unterstützung in der Umsetzung),
- Sensibilisierungs- und Öffentlichkeitsarbeit sowie
- interne und externe Fortbildungen.

5.17 Anhand vorerwählter Aufgabenbereiche zeigt sich, dass spitalinterne Kinderschutzzgruppen in der Früherfassung von gesundheitlich gefährdeten Kindern wesentlich beteiligt sind. Daher macht es Sinn, nachfolgend näher auf deren Tätigkeitfelder einzugehen und diese einer rechtlichen Würdigung zu unterziehen. Einleitend erfolgen ein Abriss über die historische Entwicklung des medizinischen Kinderschutzes sowie ein Einblick in die statistischen Fallzahlen von Kinderschutzzgruppen an schweizerischen Kinderspitälern.

⁷⁶⁶ In der Regel sind Fachpersonen aus der Kinder- und Jugendmedizin, Psychologie, Pflege und Sozialarbeit darin vertreten. Vgl. dazu Jahresbericht 2013, Kinderschutzgruppe Kinderspital Zürich; Betriebskonzept Kinderschutzzgruppe Kantonsspital Baden, 1.

⁷⁶⁷ DEEGENER, 37. Unter dem Begriff der Vernachlässigung versteht DEEGENER «...die (ausgeprägte, d.h. andauernde oder wiederholte) Beeinträchtigung oder Schädigung der Entwicklung von Kindern durch die sorgeberechtigten und –verpflichteten Personen (...) auf Grund unzureichender Pflege, mangelnder Ernährung und gesundheitlicher Fürsorge (...) nachlässigem Schutz vor Gefahren (...)». Er unterscheidet zwischen der körperlichen und emotionalen Vernachlässigung, sowie der passiven (unbewussten) und der aktiver Vernachlässigung (wissentliche Verweigerung z.B. von Nahrung und Schutz). Untersuchungen zeigen zudem, dass Vernachlässigungen nicht selten mit psychischen oder physischen Misshandlungen kombiniert sind. Vgl. dazu HERRMANN/BANASCHAK/DETTMEYER/THYEN, 1 f.

⁷⁶⁸ Kantonsspital Baden, Frauen und Kinder, Klinik für Kinder und Jugendliche, Kinderschutz <http://www.kantonsspitalbaden.ch/baden_d/Frauen_und_Kinder/Kinderklinik/Kinderschutz/Kinderschutzzgruppe.php> (zuletzt besucht am 7. Februar 2015); Betriebskonzept Kinderschutzzgruppe Kantonsspital Baden, 1.

2. Historische Entwicklung der medizinischen Kindesschutzarbeit

In der Medizin wurden erste Wahrnehmungen von Gewalt oder Vernachlässigung an Kindern von britischen Ärzten Ende des 17. Jahrhunderts beschrieben. Zur damaligen Zeit wirkten diese Schilderungen unglaubwürdig und wurden nicht weiterverfolgt. Der französische Rechtsmediziner Ambroise Tardieu publizierte ab 1857 mehrere wissenschaftliche Arbeiten zu den körperlichen und psychischen Folgen von Kindern, die sexuell missbraucht oder körperlich misshandelt worden waren. Auch seine klarsichtigen Deutungen verhallten grösstenteils ungehört, wurden ausgeblendet oder führten gar zu Widerstand in der medizinischen und psychiatrischen Fachwelt.⁷⁶⁹ Im Jahr 1896 veröffentlichte Sigmund Freud die These, wonach sexueller Missbrauch im Kindesalter die Ursache für spätere psychische Störungen im Erwachsenenleben sein könne. Seine Überlegungen wurden in der medizinischen Fachwelt derart heftig kritisiert, dass er diese später wiederrief.⁷⁷⁰ Der eigentliche Meilenstein für die Entwicklung des medizinischen Kindesschutzes wurde schliesslich durch die Publikationen von C. Henry Kempke ab 1958 gelegt. Durch seine Arbeit wurde die Bedeutung des medizinischen Kindesschutzes zunehmend anerkannt.⁷⁷¹ 5.18

Auch in der Schweiz gewann der medizinische Kindesschutz durch die pionierhaften Erkenntnisse von C. Henry Kempke an Bedeutung. Im Jahr 1969 wurde im Kinderspital Zürich die erste interdisziplinäre klinische Kindesschutzgruppe zur verbesserten Aufarbeitung und Intervention bei Verdacht auf Kindesmissbrauch, Kindesmisshandlung oder Vernachlässigung aufgebaut.⁷⁷² Heute haben 18 der 26 Kinderkliniken der Schweiz klinikinterne Kindesschutzgruppen.⁷⁷³ In Kinderspitälern ohne Kinderschutzgruppen beruht die medizinische Kindesschutzarbeit auf der Eigeninitiative, den Kenntnissen 5.19

⁷⁶⁹ M.w.H. LIPS, Kindesschutz und Medizin, 103, 105.

⁷⁷⁰ HERRMANN/BANASCHAK/DETTMEYER/THYEN, 12.

⁷⁷¹ C. Henry Kempke ist der Begründer des medizinischen multiprofessionellen Kindesschutzes. Er veröffentlichte das erste medizinische Lehrbuch «the battered child» zum Thema Kindesmisshandlung und –vernachlässigung. Vgl. dazu HERRMANN/BANASCHAK/DETTMEYER/THYEN, 12; LIPS, Kindesschutz und Medizin, 103, 108.

⁷⁷² JUD/LIPS, 439, 440.

⁷⁷³ Die zentralen Kinderkliniken der Schweiz, worunter die fünf Universitätskliniken (ZH, BS, BE, Lausanne, Genf) sowie die Kinderkliniken Aarau, Luzern und St. Gallen gezählt werden, haben Kinderschutzgruppen mit vielfältigerem Aufgabenbereich. Neben der täglichen Kindesschutzarbeit übernehmen diese Gruppen auch Beratungs- und Weiterbildungsaufgaben. Vgl. dazu LIPS, Kindesschutz und Medizin, 103, 111 f.

und den Erfahrungen des jeweilig behandelnden Kinderarztes. Fachspezialisten gehen davon aus, dass Kindesschutzarbeit an Kinderkliniken nur dann existiert, wenn die Klinik über eine klinikinterne Kindesschutzgruppe verfügt.⁷⁷⁴

3. Statistik

A) Nationale Kindesschutzstatistik der schweizerischen Kinderkliniken

- 5.20 Die Fachgruppe Kindesschutz der schweizerischen Kinderkliniken erfasst seit 2009 die in schweizerischen Kinderkliniken behandelten Kinder mit einem bestehenden Verdacht oder gesicherten Erkenntnissen für eine Kindesmisshandlung.⁷⁷⁵ Der Begriff der Kindesmisshandlung gilt als Oberbegriff für die körperliche Misshandlung, die Vernachlässigung, die psychische Misshandlung, der sexueller Missbrauch und das Münchhausen-Stellvertreter-Syndrom.⁷⁷⁶ In der Statistik der Fachgruppe Kindesschutz der schweizerischen Kinderkliniken werden diejenigen Kinder erfasst, die bei beschriebenem Verdacht in einem der 18 Kinderspitäler, die eine Kindesschutzgruppe führen, ambulant oder stationär behandelt wurden.⁷⁷⁷
- 5.21 Die gemeldeten Fallzahlen mit Verdacht auf eine Kindesmisshandlung der Jahre 2009 bis 2014 zeigen eine stete Zunahme.⁷⁷⁸ Die Fälle lassen sich entsprechend der untenstehenden Tabelle 2 wie folgt auf die Untergruppen aufteilen.⁷⁷⁹

⁷⁷⁴ LIPS, Kindesschutz und Medizin, 103, 112.

⁷⁷⁵ WOPMANN, Kindesschutzfälle, 994.

⁷⁷⁶ Das Münchhausen-Stellvertreter-Syndrom ist eine psychoneurotische Erkrankung bei der ein Elternteil, vorwiegend die Mutter, bei ihrem Kind Krankheitssymptome vortäuscht oder herbeiführt, um das Kind dadurch in eine unnötige medizinische Abklärungs- und Behandlungsmaschinerie zu bringen. Das betroffene Kind ist gefährdet, da es nicht notwendige Medikamente erhält oder ihm diese bei einer bestehenden Krankheit vorenthalten werden. Die Mutter strebt nach Aufmerksamkeit und Anerkennung und versucht dies zu erreichen, indem sie das Kind immer wieder in ärztliche Kontrolle/Behandlung bringt. Vgl. dazu RYSER BÜSCHI, 22 f.; LIPS, Kindesschutz und Medizin, 103, 110.

⁷⁷⁷ Vgl. dazu Nationale Kindesschutzstatistik 2012 und 2013 der Fachgruppe Kindesschutz an schweizerischen Kliniken, 1 ff.; WOPMANN, Nationale Kinderschutzstatistik, 4 ff. Bei den Kliniken, die sich nicht an der Datenerhebung beteiligt haben, handelt es sich um kleinere oder sehr kleine Kinderabteilungen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die, für die Statistik zur Verfügung stehenden Daten einen sehr grossen Teil der Kinderschutzfälle, die an Kinderkliniken in der Schweiz behandelt wurden, abbilden.

⁷⁷⁸ Ob Kindesmisshandlungen im erwähnten Zeitraum tatsächlich entsprechend zugenommen haben, kann anhand der gemeldeten Verdachtsfälle nicht abschliessend gesagt werden. Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 5.25.

Tabelle 2: Statistik der ambulant und stationär behandelten Kinder mit Verdacht oder Nachweis von Kindesmisshandlungen von 2009 bis 2014 (aufgeführt nach Untergruppen).

	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Anzahl Fälle pro Jahr	785	923	1180	1136	1292	1405
Art der Misshandlung						
(Untergruppen)						
Körperliche Misshandlung	29.2%	29.4%	29.5%	29.0%	27.2%	28.2%
Vernachlässigung	27.2%	31.5%	28.4%	26.2%	25.0%	21.9%
Sexueller Missbrauch	27.8%	25.2%	24.7%	21.4%	21.7%	22.7%
Psychische Misshandlung	15.4%	13.3%	17.1%	23.1%	23.1%	27.0%
Münchhausen-Stellvertreter-Syndrom	0.4%	0.6%	0.4%	0.4%	1.1%	0.3%

Der nationalen Statistik aus dem Jahr 2013 ist zudem zu entnehmen, dass jedes vierte körperlich misshandelte Kind jünger als zwei Jahre alt war. In der Untergruppe der vernachlässigten Kinder war jedes zweite Kind jünger als zwei Jahre. Von der Gesamtzahl der gemeldeten Fälle waren 46% aller misshandelten Kinder jünger als sechs Jahre. Des Weiteren zeigte sich, dass Vernachlässigungen und psychische Misshandlungen praktisch immer im engsten Familienkreis ausgeübt werden, während dies bei körperlichen Misshandlungen mit 75% und bei sexuellen Misshandlungen mit 42% der Fälle etwas weniger deutlich ist.⁷⁸⁰ 5.22

B) Statistik der Kinderschutzgruppe des Kinderspitals Zürich

Die Kinderschutzgruppe und Opferberatungsstelle des Kinderspitals Zürich führt seit ihrer Gründung im Jahr 1969 Datenerhebungen durch. Nach diesen statistischen Erhebungen haben die gemeldeten Fälle mit gesicherter oder vermuteter Kindesmisshandlung über die Jahre stetig zugenommen, wobei sich in 5.23

⁷⁷⁹ WOPMANN, Nationale Kinderschutzstatistik, 4 ff.; Nationale Kinderschutzstatistik 2013 und 2014 der Fachgruppe Kinderschutz an schweizerischen Kliniken, 1 ff.

⁷⁸⁰ Nationale Kinderschutzstatistik 2013 der Fachgruppe Kinderschutz an schweizerischen Kliniken, 1 ff.

den letzten zehn Jahren ein Trend zu leicht rückläufigen Zahlen auf hohem Niveau abzeichnet.⁷⁸¹

- 5.24 Eine Übersicht der Misshandlungsformen während der Jahre 2009 bis 2014 zeigt das in Tabelle 3 dargestellte Bild:

Tabelle 3: Zahl der gemeldeten Verdachtsfälle auf Kindesmisshandlung bei der Kinderschutzgruppe des Kinderspitals Zürich (2009 bis 2014).

	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Anzahl der gemeldeten Fälle	419	487	484	444	450	450
Art der Misshandlung (Untergruppen)						
Sexuelle Misshandlung	32.9%	33.0%	40.2%	32.7%	34.2%	32.7%
Körperliche Misshandlung	30.5%	30%	31.9%	35.8%	28.7%	35.4%
Psychische Misshandlung	17.6%	17%	13.6	17.1%	19.8%	16.2%
Vernachlässigung	12.2%	10%	9.1%	12.2%	12.9%	11.6%
Münchhausen-Stellvertreter-Syndrom	0.9%	0.5%	0.6%	0.2%	0.4%	0.3%
Risiko	5.7%	9.5%	4.6%	2%	4%	3.7%

Die Statistik aus dem Jahr 2013 hielt im Übrigen erstmals fest, wie viele der Kinder, die der spitalinternen Kinderschutzgruppe gemeldet wurden, aus den früheren Jahren bereits bekannt waren. 2013 war dies in 12% der eingegangenen Meldungen der Fall. Zudem zeigte sich, dass die Fälle im Laufe der Jahre komplexer und die Auswirkungen auf die Gesundheit der Kinder schwerwiegender wurden.⁷⁸²

⁷⁸¹ M.w.H. Kinderspital Zürich, Kinderschutzgruppe, Medienmitteilungen/Jahresberichte 2010, 2011, 2012, 2013, 2014: <<http://www.kispi.uzh.ch/de/patienten-und-angehoerige/fachbereiche/kinderschutz/Seiten/default.aspx>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁷⁸² Kinderspital Zürich, Kinderschutzgruppe, Jahresbericht 2013, <<http://www.kispi.uzh.ch/de/patienten-und-angehoerige/fachbereiche/kinderschutz/Seiten/default.aspx>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

C) Würdigung

Sowohl die gesamtschweizerische Statistik als auch die Statistik der Kinderschutzgruppe des Kinderspitals Zürich zeigt eine stetig zunehmende bzw. auf hohem Niveau stagnierende Zahl von registrierten Fällen von Misshandlungen an schweizerischen Kinderkliniken. Ob diese über die Jahre tatsächlich derart zugenommen haben, wie dies die Statistiken abbilden, kann nicht abschliessend gesagt werden. Die Zunahme ist möglicherweise auch durch die gewachsene Wahrnehmung der Problematik in der Öffentlichkeit, bei Ärzten, bei Fachpersonen des freiwilligen Kindes- und Jugendschutzes sowie auch durch eine verbesserte Erfassung in den Kinderkliniken begründet.⁷⁸³

Ein Vergleich der gesamtschweizerischen Statistik mit der Statistik der Kinderschutzgruppe des Kinderspitals Zürich zeigt ein mehr oder weniger ähnliches Bild der Misshandlungsformen in den verschiedenen Untergruppen. Erwähnenswerte Abweichungen sind bei der Untergruppe der sexuellen Misshandlung und bei der Vernachlässigung zu vermerken. Sexuelle Misshandlungen werden in der Zürcher Statistik im Vergleich zur gesamtschweizerischen Statistik im Zeitraum zwischen 2009 und 2013 durchschnittlich häufiger registriert (34% zu 21%). Vernachlässigungen machen in der gesamtschweizerischen Statistik 25% der Fälle aus, währenddessen in Zürich 12% der gemeldeten Fälle der Untergruppe Vernachlässigung zugeteilt wurden. Die statistischen Abweichungen können verschiedene Ursachen haben. Beispielsweise stellt sich die Frage, ob es klare Vorgaben und Kriterien für die Zuordnung in die jeweiligen Untergruppen gibt. Zudem ist davon auszugehen, dass körperliche- und psychische Misshandlungen sowie Vernachlässigungen nicht selten in Kombination miteinander auftreten,⁷⁸⁴ weshalb zu prüfen wäre, ob und wie derartige Überschneidungen in der Dokumentation festgehalten werden.

Beunruhigend ist, dass die Ursachen für die Gefährdungen zu einem wesentlichen Teil in der nächsten Umgebung der betroffenen Kinder zu suchen sind.⁷⁸⁵ Bedenklich stimmt ebenso, dass nach der nationalen Statistik des Jahres 2013⁷⁸⁶ 46% aller misshandelten Kinder jünger als 6 Jahre alt und in 20% der registrierten Fälle die betroffenen Kinder nicht älter als 1 Jahr alt waren. Diese Zahlen unterstreichen die Wichtigkeit der Kindesschutzarbeit in der Schweiz. Die Mehrheit der betroffenen Kinder können sich weder gegen die

⁷⁸³ Nationale Kinderschutzstatistik 2013 der Fachgruppe Kinderschutz an schweizerischen Kliniken, 1 ff.

⁷⁸⁴ Vgl. dazu Nationale Kinderschutzstatistik 2013 der Fachgruppe Kinderschutz an schweizerischen Kliniken, 1 ff.

⁷⁸⁵ Vgl. dazu auch SCHMID CONY, 47.

⁷⁸⁶ Vgl. Rz. 5.22.

Gefahren zur Wehr setzen, noch können sie von sich aus auf ihre Hilfsbedürftigkeit aufmerksam machen.

4. Rechtliche Überlegungen zur Tätigkeit von Kinderschutzgruppen

A) Rechtsgrundlagen

- 5.28 Obwohl heute in einem Grossteil der Kinderkliniken der Schweiz Kinderschutzfälle gesondert behandelt werden,⁷⁸⁷ gibt es keine gesetzliche Grundlage auf Bundesebene, wonach Kinderkliniken verpflichtet sind, klinikinterne Kinderschutzgruppen einzurichten. Der Grund hierfür liegt darin, dass die Kantone für kantonseigene Spitäler eine Spitalplanung vorzunehmen haben und in diesem Zusammenhang den Leistungsauftrag eines Spitals definieren.⁷⁸⁸ Die Planungspflicht des Kantons beschränkt sich auf Leistungen, die durch die obligatorische Krankenversicherung abgedeckt werden. Dadurch soll eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung sichergestellt werden.⁷⁸⁹ Die Kinderschutzarbeit in einem Spital zählt nicht zu den Leistungen, die durch die obligatorische Krankenversicherung übernommen werden. Sie wird in der Regel unter die sogenannt gemeinwirtschaftlichen Leistungen eines Spitals eingeordnet,⁷⁹⁰ welche explizit von der Vergütung durch das KVG ausgenommen werden.⁷⁹¹ Nach dem Gesagten liegt es im Ermessen eines Kantons, den medizinischen Kinderschutz und damit das Bestehen einer klinikinternen Kinderschutzgruppe zum Leistungsauftrag eines Spitals zu zählen.
- 5.29 Interessanterweise umschreiben diejenigen Kantone, die die Kinderschutzarbeit zum Leistungsauftrag eines Spitals zählen, die zu erbringenden Leistungen nicht näher. So wird beispielsweise nicht darauf eingegangen, welche Aufgaben und Kompetenzen den Kinderschutzgruppen zukommen, welche Fachdisziplinen darin vertreten sein müssen und wie die Zusammenarbeit mit der KESB oder der Staatsanwaltschaft funktioniert.⁷⁹² Nach dem Gesagten ist den kantonalen Gesetzesgrundlagen kein klar umschriebener Aufgabenbereich für den Betrieb

⁷⁸⁷ Vgl. Nationale Kinderschutzstatistik 2012 der Fachgruppe Kinderschutz an schweizerischen Kinderkliniken.

⁷⁸⁸ Vgl. Art. 39 Abs. 2 und Abs. 1 lit. e KVG, Art. 58e Abs. 2 KVV.

⁷⁸⁹ BGE 132 V 6, E. 2.4.2; 126 V 182, E. 4b und 6d; 130 I 126, E. 6.3.1.2.

⁷⁹⁰ Vgl. Botschaft des Regierungsrates des Kt. Luzern, neue Spitalfinanzierung, 21; Botschaft des Regierungsrates des Kt. Aargau, Neuordnung Spitalfinanzierung, 14.

⁷⁹¹ Art. 49 Abs. 3 KVG.

⁷⁹² Vgl. Botschaft des Regierungsrates des Kt. Luzern, neue Spitalfinanzierung, 21; Botschaft des Regierungsrates des Kt. Aargau, Neuordnung Spitalfinanzierung, 14.

von klinikinternen Kinderschutzgruppen zu entnehmen, weshalb ihnen – abgesehen von der kantonalen ärztlichen Meldepflicht – ein weiter Ermessensspielraum zusteht.⁷⁹³

B) Fachärztliche Empfehlungen

a) Überblick

Mit dem Ziel eine gewisse Einheitlichkeit in der Diagnostik und im Management des medizinischen Kindesschutzes zu erreichen, haben verschiedene fachärztliche Gruppen Empfehlungen oder Leitlinien erarbeitet, die Ärzten in der Praxis als Orientierung dienen sollen. Nachfolgend werden deren drei vorgestellt: 5.30

- Empfehlung für die Kindesschutzarbeit an schweizerischen Kinderkliniken,
- Grundsatzklärung der Schweizerischen Gesellschaften für Pädiatrie und Kinderchirurgie und
- Kindesmisshandlung – Kindesschutz, Leitfaden zur Früherfassung und Vorgehen in der ärztlichen Praxis.

b) Empfehlung für die Kindesschutzarbeit an schweizerischen Kinderkliniken⁷⁹⁴

Die Empfehlung für Kindesschutzarbeit an schweizerischen Kinderkliniken sieht eine in den medizinischen Alltag integrierte Kindesschutzarbeit vor. Hierfür fordert sie die Aufnahme des Kindesschutzes in das Pflichtenheft der Aus- und Weiterbildung von Oberärzten und Fachärztinnen FMH für Kinder- und Jugendmedizin. Des Weiteren weist die Empfehlung darauf hin, dass die medizinische Kindesschutzarbeit keine Spezialdisziplin ist, sondern vielmehr eine interdisziplinäre Zusammenarbeit zwischen Ärzten verschiedener Fachbereiche erfordert. Unter der Rubrik Weiterbildung werden in einem Lernziel-Katalog verschiedene Qualifikationen aufgelistet, die bei der Ausbildung in der medizinischen Kindesschutzarbeit Berücksichtigung finden sollten. Genannt werden mitunter Grundkenntnisse im juristischen Bereich. 5.31

Weiter werden Handlungsabläufe bei Verdacht auf körperliche Misshandlung, sexuellen Missbrauch und/oder Vernachlässigung beschrieben. Diese Abläufe beinhalten Empfehlungen zum Vorgehen bei aufkommendem Verdacht, über die zu erhebende Anamnese und abgestimmt auf den Verdacht die vorzunehmende 5.32

⁷⁹³ Zur kantonalen Meldepflicht vgl. Ausführungen unter Rz. 4.17 f.

⁷⁹⁴ Empfehlungen für die Kinderschutzarbeit an Kinderkliniken, 1 ff. Die Empfehlung wurde von der Fachgruppe Kindesschutz der schweizerischen Kinderkliniken, als Kliniksektion der Schweizerischen Gesellschaft für Pädiatrie, im Jahre 2005 erarbeitet.

medizinische Diagnostik (Laboruntersuchungen, Röntgenbilder, CT/MRI, Fotos). Bei einem Verdacht auf einen sexuellen Missbrauch sieht die Empfehlung neben einer körperlichen Untersuchung auch eine formelle Befragung des Kindes mit Videodokumentation vor.

c) Grundsatzklärung der Schweizerischen Gesellschaften für Pädiatrie und Kinderchirurgie⁷⁹⁵

- 5.33 Nach der Grundsatzklärung der Schweizerischen Gesellschaften für Pädiatrie und Kinderchirurgie sollte der Kindesschutz zum Leistungsauftrag eines Kinderspitals zählen. Folglich sollte jede schweizerische Kinderklinik über eine interdisziplinäre Kindesschutzgruppe sowie ein Interventionskonzept für Kindesschutzfälle verfügen. In der Grundsatzklärung wird eine Aussage darüber gemacht, welche Fachdisziplinen in der Kinderschutzgruppe vertreten sein sollten. Im Übrigen verweist die Grundsatzklärung im Wesentlichen auf die Empfehlung für die Kindesschutzarbeit an schweizerischen Kinderkliniken.

d) Kindesmisshandlung – Kindesschutz, Leitfaden zur Früherfassung und Vorgehen in der ärztlichen Praxis⁷⁹⁶

- 5.34 Der Leitfaden richtet sich an medizinische Fachpersonen und vermittelt primär medizinisches Fachwissen im Bereich des Kindesschutzes. Im Leitfaden werden die verschiedensten Formen von Kindesmisshandlung und deren somatischen Folgen detailliert beschrieben. Der Leitfaden ist als praktisches Hilfsmittel gedacht, das ermöglichen soll, physische und psychische Auffälligkeiten von Kindern frühzeitig zu erkennen und die nötigen Massnahmen in die Wege zu leiten.

C) Zwischenfazit

a) Uneinheitliche Kindesschutzarbeit an schweizerischen Kinderkliniken

- 5.35 Wie sich gezeigt hat, ist die Kindesschutzarbeit an Schweizerischen Kinderkliniken rechtlich nicht näher geregelt. Verschiedene Kantone sehen im Leistungsauftrag eines Spitals den Kindesschutz vor, allerdings wird nicht näher beschrieben, was darunter zu verstehen ist. Die erwähnten fachärztlichen Empfehlungen⁷⁹⁷ dienen als wichtige Orientierung, haben jedoch keine rechtsgestaltende Wirkung, da sie nicht in einem demokratisch legitimierten Prozess erlassen wurden und überdies auch nicht integrierender Bestandteil der Standesordnung der FMH sind.

⁷⁹⁵ Grundsatzklärung Kindesschutzarbeit an schweizerischen Kinderkliniken, I ff.

⁷⁹⁶ Kindesmisshandlung-Kindesschutz, Leitfaden zur Früherfassung, 8. Der Leitfaden wurde im Jahre 2011 von Ulrich Lips mit Unterstützung der Stiftung Kindesschutz Schweiz und der Verbindung der Schweizerischen Ärztinnen und Ärzte (FMH) erarbeitet.

⁷⁹⁷ Vgl. Ausführungen unter Rz. 5.30 ff.

Diese Rechtslage hat dazu geführt, dass jede klinikinterne Kindesschutzgruppe ihren eigenen Leitfaden und ihr eigenes Betriebskonzept erarbeitet hat und die Kindesschutzarbeit von Klinik zu Klinik unterschiedlich geführt wird. Die Unterschiede zeigen sich in folgenden Punkten:

- Verfügbarkeit: Kindesschutzgruppen grösserer Kinderkliniken sind rund um die Uhr verfügbar. In kleineren Spitälern kann oftmals keine entsprechende Verfügbarkeit gewährleistet werden.
- Interdisziplinäre Zusammensetzung: Die Vertretung der Fachbereiche variiert. In der Regel sind die Fachbereiche Pädiatrie, Kinderchirurgie, Psychiatrie, Psychologie, Pflege und Sozialarbeit vertreten. Daneben gibt es Kindesschutzgruppen, in denen die Fachbereiche Kinder- und Jugendgynäkologie, Kinderorthopädie oder aber auch die Rechtswissenschaft eingeschlossen sind.⁷⁹⁸
- Kooperatives Zusammenarbeiten mit der Familie: In leichten Fällen werden einvernehmliche Lösungen angestrebt. Kindesschutzgruppen, die über ausreichend personelle Kapazitäten verfügen, begleiten die Eltern auf diesem Weg, zunächst ohne die KESB oder die Staatsanwaltschaft zuzuziehen. Die Eltern werden zu bestimmten Verhaltensweisen (regelmässige Kontrollen beim Kinderarzt, psychiatrische Abklärungen, Therapien, Elterngespräche, etc.) angehalten. Für Kindesschutzgruppen, die über weniger personelle Ressourcen verfügen, ist dieses kooperative Vorgehen in der Regel nicht möglich.
- Abklärungen: Kindesschutzgruppen grösserer Kinderkliniken engagieren sich in den Abklärungen von Verdachtsfällen. So werden in einzelnen Kindesschutzgruppen standardisierte Erstbefragungen durchgeführt.⁷⁹⁹
- Leistungsangebot: Grössere Kindesschutzgruppen bieten telefonische Beratungen für Schulen und Institutionen, Sozialdienste, Privatpersonen, etc. an und organisieren interne und externe Fortbildungen zum Thema Kindesschutz.
- Häufigkeit von Fallbesprechungen: In Kindesschutzgruppen grösserer Kinderkliniken kommt es bei einem Verdacht oder erwiesenen

⁷⁹⁸ Vgl. Kinderspital Zürich <<http://www.kispi.uzh.ch/de/patienten-und-angehoerige/fachbereiche/kinderschutz/Seiten/default.aspx>> (zuletzt besucht am 30. November 2015); Kinderspital Luzern, <<https://www.luks.ch/standorte/luzern/kliniken/kinderspital/angebot/kinderschutz.html>> (zuletzt besucht am 30. November 2015); Universitätsklinik für Kinderheilkunde des Inselspitals Bern <<http://www.kinderkliniken.insel.ch/de/kinderkliniken/kinderheilkunde/kinderschutz/team/>> (zuletzt besucht am 30. November 2015); Universitäts-Kinderspital beider Basel, <<http://www.ukbb.ch/de/elternbesucher/weitere-dienstleistungen/kinder-und-jugendschutz/kinderschutzgruppe.html>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁷⁹⁹ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 5.55.

Erkenntnissen einer Kindeswohlgefährdung zwingend zu einer Fallbesprechung. Im Durchschnitt wird von einer Fallbesprechung pro Tag ausgegangen. In kleineren Kinderkliniken kommt es zu drei bis vier Fallbesprechungen pro Monat.

- 5.37 Die erwähnten Unterschiede in der Organisation, der Zusammensetzung, der Mandatsführung und dem Leistungsangebot werfen Fragen auf. Es fällt schwer, sich einen Überblick über die Angebote und Vorgehensweisen zu verschaffen. Zudem zeigen sich Abgrenzungsschwierigkeiten zu den übrigen Angeboten des kantonalen Kindes- und Jugendschutzes. Dies erscheint problematisch, da Vernachlässigungen und die Misshandlung von Kindern auf vielfältigen Ursachen beruhen und nicht selten komplexe Hintergründe in der Familie haben. Insbesondere deshalb ist bei der Abklärung und Erörterung des Sachverhaltes eine breite und einheitliche Herangehensweise, ein professionelles Vorgehen und letztlich eine interdisziplinäre Zusammenarbeit gefordert.

b) Juristische Grenzbereiche

- 5.38 Die uneinheitliche Umsetzung und der weite Ermessensspielraum in der medizinischen Kindesschutzarbeit erstaunt, zumal sich die Arbeit von spitalinternen Kindesschutzgruppen in einem juristischen Grenzbereich bewegt. Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang die drei untenstehenden Tätigkeitsbereiche, die anschliessend näher zu beleuchten sind:

- die auf einem Verdacht beruhende und aus ärztlicher Eigeninitiative vorgenommene medizinische Diagnostik zur Klärung von kindeswohlwidrigen bzw. strafrechtlichen Verhaltensweisen,
- die formelle Erstbefragung von Kindern mit Videodokumentation und
- die Zuziehung von Drittpersonen zur näheren Abklärung der Gefährdungssituation.

5. Medizinische Diagnostik zur Klärung kindeswohlwidriger bzw. strafrechtlicher Verhaltensweise

A) Fragestellung

- 5.39 Ergibt sich im Rahmen einer stationären oder ambulanten ärztlichen Konsultation ein Verdacht, dass ein Kind gefährdet sein könnte, sieht die Empfehlung für die Kindesschutzarbeit an Kinderkliniken medizinische Untersuchungen (Labordiagnostik, Röntgenbilder, MRI, gynäkologische Untersuchungen, etc.) zur Klärung der Ereignisse vor.⁸⁰⁰ Dieses Vorgehen wirft die Frage auf, ob sich diese medizinische Diagnostik zur Klärung der

⁸⁰⁰ Vgl. Ausführungen unter Rz. 5.32.

Gefährdungssituation des Kindes unter den Behandlungsauftrag des Arztes subsumieren lässt oder ob es hierfür eine andere Rechtsgrundlage geben müsste.

B) Ärztliches Pflichtenheft

Zum ärztlichen Behandlungsauftrag zählt es, den Patienten mit den geeigneten Mitteln und Möglichkeiten der modernen Diagnostik zu untersuchen, einen Befund zu erheben, eine Diagnose zu stellen und darauf basierend eine geeignete Behandlung vorzuschlagen.⁸⁰¹ 5.40

Sexuelle Übergriffe, körperliche oder psychische Misshandlungen oder Vernachlässigungen von Kindern sind zwar nicht als Krankheit einzustufen, wengleich die Auswirkungen unbestrittenermassen zu massiven gesundheitlichen Beeinträchtigungen beim Kind führen können. Liegen jedoch Anhaltspunkte für eine gesundheitliche Beeinträchtigung eines Kindes vor, zählt es zur Sorgfaltspflicht des behandelnden Arztes, die ihm zur Verfügung stehende medizinische Diagnostik einzusetzen, um konkretere Hinweise über die Ursache(n) der Beeinträchtigung zu erlangen. Die Pflicht zur Diagnosestellung beschränkt sich damit nicht auf die Abklärung der konkreten gesundheitlichen Folgen einer Misshandlung oder Vernachlässigung, sondern umfasst auch deren Ursachen. Als Massstab für die hierfür aufzubringende ärztliche Sorgfaltspflicht sind die soeben erörterten fachärztlichen Empfehlungen heranzuziehen.⁸⁰² 5.41

In Berücksichtigung dieser Empfehlung zählt es zum Pflichtenheft eines behandelnden Arztes, den Kinderschutz als integrierte Denkweise in den medizinischen Alltag einfliessen zu lassen und hierfür die erforderliche Sensibilität, Wahrnehmung und bewusste Beobachtung aufzubringen. Ist ein Kind urteilsfähig, kann es selbst in die vorgesehenen Untersuchungen einwilligen. Bei urteilsunfähigen Kindern ist es grundsätzlich die Aufgabe des gesetzlichen Vertreters, in der Regel der Eltern, die hierfür erforderliche Einwilligung zu erteilen. 5.42

Können sich die Eltern mit einem ärztlich vorgeschlagenen Abklärungs- bzw. Untersuchungsprozedere nicht einverstanden erklären, ist davon auszugehen, dass ihre Verhaltensweise nicht zum Wohl und im Interesse des Kindes ist. Bei dieser Ausgangslage ist der behandelnde Arzt in der dringlichen Situation berechtigt, nach dem mutmasslichen Willen des Kindes vorzugehen und die erforderliche medizinische Diagnostik zur Klärung der Gefährdungssituation 5.43

⁸⁰¹ M.w.H. KERN, 647, 653 ff., 658 ff., 665 ff.; FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 103, 123. Die medizinische Untersuchung soll es ermöglichen, die Ursache für die gesundheitliche Beeinträchtigung zu eruieren und daraus folgend eine Diagnose zu stellen.

⁸⁰² Vgl. Ausführungen unter Rz. 5.30 ff.

durchzuführen.⁸⁰³ Reicht die Zeit aus, um die KESB zu kontaktieren, müsste deren stellvertretende Einwilligung abgewartet werden.

- 5.44 Fraglich könnte in vorliegendem Zusammenhang sein, wie konkret eine Einwilligung der Eltern zu erfolgen hat. Ist es beispielsweise ausreichend, wenn ein Arzt bei einem Kleinkind, das mit Verdacht auf eine Hirnschädigung durch Schütteln in das Spital gebracht wird, die Eltern in allgemeiner Weise um Einwilligung in die nötigen diagnostischen Massnahmen ersucht oder hat er genau zu erklären, weshalb er eine ganz bestimmte Abklärung durchführen möchte?
- 5.45 Nach den Grundregeln der ärztlichen Aufklärungspflicht hat der Arzt den Patienten möglichst schonend über den medizinischen Befund zu informieren. Zum Gebot der schonenden ärztlichen Aufklärung zählt es, den Patienten nicht mit unsicheren, nicht erwiesenen oder unbestätigten Diagnosen (sog. Verdachtsdiagnosen) zu belasten.⁸⁰⁴
- 5.46 Im erwähnten Beispiel wird das urteilsunfähige Kind mit einer gesundheitlichen Problematik eingeliefert. Der erstbehandelnde Arzt auf der Notfallstation wird – ohne dass er das Kind abschliessend untersuchen konnte – eine Verdachtsdiagnose stellen, um die weiteren Untersuchungen und Abklärungen danach auszurichten. Im beschriebenen Zeitpunkt obliegt dem Arzt einzig die Pflicht, über die vorgesehenen Untersuchungen und Abklärungen zur Diagnosestellung aufzuklären und die Einwilligung der Eltern abzuholen. Die Erläuterung seiner Verdachtsdiagnose ist demgegenüber entbehrlich.⁸⁰⁵ Beinhaltend die empfohlenen Untersuchungen nicht besondere Risiken, ist der Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht auch unter dem Aspekt der Risikoaufklärung gering.⁸⁰⁶ Den Eltern steht es naheliegenderweise jederzeit offen, nachzufragen, weshalb diese diagnostischen Massnahmen durchgeführt werden.

⁸⁰³ Zu den Voraussetzungen der dringlichen Behandlung vgl. Ausführungen unter Rz. 2.13.

⁸⁰⁴ LAUFS, ärztliche Aufklärungspflicht, 703, 720; KATZENMEIER, Aufklärungspflicht und Einwilligung, 103, 111; vgl. auch FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 103, 230 f. Dem Arzt obliegt im Rahmen der Aufklärung die Sorgfaltspflicht, die Aufklärung gegebenenfalls einzuschränken, wenn Gefahr besteht, dass der Patient in einen Angstzustand versetzt werden könnte. Wird diese Sorgfaltspflicht verletzt, kann er für den entstandenen Schaden haftbar gemacht werden.

⁸⁰⁵ Vgl. Ausführungen unter Rz. 5.45.

⁸⁰⁶ Zum Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht vgl. Ausführungen unter Rz. 4.45.

6. Erstbefragung und Videodokumentation

A) Fragestellung

Bei einem Verdacht auf einen sexuellen Missbrauch sieht die Empfehlung für Kinderschutzarbeit an Kinderkliniken die formelle Befragung des Kindes durch eine ausgebildete Fachperson mit standardisierter Videodokumentation vor.⁸⁰⁷ Durch die Videoaufnahme wird es möglich, erste Reaktionen und Verhaltensweisen des Kindes bei einem Verdacht auf einen sexuellen Missbrauch festzuhalten. Sollte sich der Verdacht erhärten und führen die Abklärungen der Kinderschutzgruppe zu einem Kinderschutz- und/oder strafrechtlichen Verfahren kann die Videoaufnahme der Kinderschutzgruppe von essentieller Bedeutung sein. Bei dieser Ausgangslage stellen sich für beide Verfahren Fragen zur Rechtmässigkeit der Beweiserhebung.

5.47

B) Delegation von Sachverhaltsabklärungen im zivilrechtlichen Kinderschutzverfahren

a) *Delegation im Einzelfall*

Nach den Verfahrensgrundsätzen des Kindes- und Erwachsenenschutzgesetzes, ist die KESB grundsätzlich für die Erforschung des Sachverhaltes zuständig. Der Gesetzgeber hat jedoch in Art. 314 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 446 Abs. 2 ZGB die Möglichkeit vorgesehen, «eine geeignete Person oder Stelle mit Abklärungen zu beauftragen». Ebenso sieht Art. 314a Abs. 1 ZGB die Anhörung des Kindes durch die KESB oder eine «beauftragte Drittperson» vor.

5.48

Die Beauftragung einer externen Person ist angezeigt, wenn der Behörde das nötige Fachwissen fehlt. Ziel dieser gesetzlich vorgesehenen Delegationsmöglichkeit ist, die zweckmässige und effiziente Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse für das Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren sicherzustellen. Da der Bundesgesetzgeber darauf verzichtet hat, diese Delegationsmöglichkeit näher zu konkretisieren, obliegt es letztlich den Kantonen, die entsprechenden Voraussetzungen näher zu regeln.⁸⁰⁸ Ebenso haben sie die Kompetenz festzulegen – sofern das Bundesrecht keine

5.49

⁸⁰⁷ Vgl. Empfehlungen für die Kinderschutzarbeit an Kinderkliniken, 8 f.; vgl. auch Tätigkeitsbericht 2013 der Kinderschutzgruppe Kantonsspital Aarau, 2; ebenso Infolyer der Kinderschutzgruppe des Kinderspitals Bern zur standardisierten Erstbefragung (STEB), http://www.kinderkliniken.insel.ch/fileadmin/kinderheilkunde/kinderheilkunde_users/Pdf/Infolyer_STEB_Dez_2014.pdf (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁸⁰⁸ STECK, HandKomm, N 9 zu Art. 446 ZGB.

abweichenden Vorschriften enthält – welche Abklärungen nur von Behördenmitgliedern vorgenommen werden dürfen.⁸⁰⁹

- 5.50 Verschiedene Kantone haben in ihren Ausführungsgesetzen zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht die Möglichkeit vorgesehen, Dritte mit der Sachverhaltsabklärung zu beauftragen. Wie diese Delegationsmöglichkeiten im Einzelfall ausgestaltet wurden, zeigen exemplarisch die folgenden kantonalen Gesetzesbestimmungen:

§49 Abs. 1 EG zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht ZH

«Die KESB klärt die tatsächlichen Verhältnisse selbst ab. Sie kann mit der Durchführung der Abklärungen ein Mitglied oder eine geeignete Person oder Stelle beauftragen. ...»

§62 Abs. 2 EG ZGB BL

«Sie (die KESB) erfüllt die Aufgaben der Beratung, der Abklärung sowie der Regelung von Rechten und Pflichten. Die Abklärung umfasst insbesondere den rechtlichen und sozialarbeiterischen Bereich, wobei auch die kommunalen Sozialdienste mit sozialarbeiterischen Abklärungen beauftragt werden können.

§143 EG ZGB SO

Abs. 1 «In der Regel klärt der Sozialdienst einer Sozialregion einen Sachverhalt ab und überweist danach Akten, Bericht sowie Antrag an die KESB. ...»

Abs. 2 «Der Sozialdienst kann in begründeten Fällen eine andere geeignete Stelle beauftragen, den Sachverhalt abzuklären...»

§63 EG ZGB AG

Abs. 1 «Die Gemeinden führen im Auftrag der KESB Sachverhaltsabklärungen durch und tragen deren Kosten.»

Abs. 2 «Sie können diese Aufgabe an Dritte übertragen. Dabei stellen sie den Datenschutz sicher.»

- 5.51 Die Delegationsbestimmungen verdeutlichen die kantonalen Unterschiede in der Organisation und den Verfahren. Je nach Kanton erfolgt eine Zusammenarbeit mit dem kantonalen oder kommunalen Sozialdienst, mit den Gemeinden oder anderen «geeigneten Personen oder Stellen». Nach dem Wortlaut der Gesetzesbestimmungen erfolgen derartige, delegierte Abklärungen im Einzelfall

⁸⁰⁹ Botschaft Erwachsenenschutz, 7001, 7078.

durch spezifische Auftragserteilung der KESB. Es ist demgemäss nicht vorgesehen, dass die erwähnten Stellen aus eigenem Antrieb Sachverhaltsabklärungen vornehmen oder eine Delegation in allgemeiner Form, ohne Bezug auf ein bereits bestehendes, konkretes Dossier erfolgt. Ebenso ist die Zuziehung von Ärzten oder spitalinternen Kindesschutzgruppen in den kantonalen Ausführungsgesetzen nicht thematisiert. Ein Grund hierfür mag darin liegen, dass spitalinterne Kindesschutzgruppen zum freiwilligen Kindesschutz zählen und möglicherweise den bestehenden kantonalen oder kommunalen Fachstellen für Kindes- und Jugendschutz zugeordnet werden.

Alles in allem sind die kantonalen Delegationsgrundlagen wenig aussagekräftig, sondern übernehmen mehr oder weniger den Wortlaut der bundesrechtlich vorgesehenen Delegationsmöglichkeit, wonach «eine geeignete Person oder Stelle mit Abklärungen beauftragt werden kann».⁸¹⁰ Den kantonalen Bestimmungen ist im Übrigen nicht zu entnehmen, dass gewisse Sachverhaltsabklärungen lediglich von Behördenmitgliedern vorgenommen werden dürfen. Nicht weiterführend ist ebenso die Bestimmung der ZPO zur Anhörung von Kindern in familienrechtlichen Angelegenheiten.⁸¹¹ Art 298 Abs. 1 ZPO sieht analog zu Art. 446 Abs. 2 ZGB die Möglichkeit der Anhörung des Kindes durch eine «beauftragte Drittperson» vor. 5.52

Nach dem Gesagten kann zwar von Bundesrechts wegen im Einzelfall eine geeignete Person oder Stelle zur Befragung beauftragt werden.⁸¹² Von einer systematischen Delegation sollte hingegen infolge mangelnder Unmittelbarkeit abgesehen werden.⁸¹³ Delegationen sind nur im Einzelfall angebracht, wenn es die Umstände verlangen. Hiervon wird beispielsweise ausgegangen, wenn kinderpsychologisches Fachwissen gefragt ist.⁸¹⁴ Eine allgemeine, nicht fallbezogene Delegation der Sachverhaltsabklärung an organisatorisch nicht der KESB zugehörigen Stellen erscheint mit Blick auf Art. 446 Abs. 2 ZGB als höchst problematisch. 5.53

⁸¹⁰ Art. 446 Abs. 2 ZGB.

⁸¹¹ Die Bestimmungen der ZPO sind subsidiär anwendbar, soweit der Kanton keine Verfahrensregelung getroffen hat (Art. 450f ZGB).

⁸¹² Vgl. dazu auch Art. 314 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 446 Abs. 2 ZGB sowie Art. 314a Abs. 1 ZGB.

⁸¹³ Vgl. dazu AUER/MARTI, BSK ZGB I, N 28 ff. zu Art. 446 ZGB, wonach der Grundsatz gilt, dass die Beweise von der entscheidenden Behörde selbst abgenommen werden sollten (Unmittelbarkeitsprinzip).

⁸¹⁴ Vgl. dazu Urteil des BGer 5A_397/2011 vom 14. Juli 2011 E. 2.4; Urteil des BGer 5A_50/2010 vom 6. Juli 2010 E. 2.1; Urteil des BGer 5A_46 vom 23. April 2007 E. 2.1; BGE 133 III 553 E. 4; 127 III 295 E. 2; COTTIER, FamKomm Erwachsenenschutz, N 10 f. zu Art. 314a ZGB; BIDERBOST, HandKomm, N 2 zu Art. 314a ZGB; MEIER, protection, 399, 408.

b) Konkretisierung der kantonalen Delegationsbestimmungen bei regelmässigem Beizug von externen Abklärungsstellen

- 5.54 Liegt bei einem Kind ein Verdacht für einen sexuellen Übergriff vor, erscheint es wenig geeignet und kindsgerecht, die Anhörung vor sämtlichen Mitgliedern der KESB durchzuführen.⁸¹⁵ Die vom Gesetzgeber vorgesehene Möglichkeit zur Delegation der Anhörung des Kindes eignet sich daher besonders für derartige Fälle. Erfolgt die Erstbefragung durch ein Mitglied der Kinderschutzgruppe ohne konkrete und fallbezogene Beauftragung durch die KESB, ist dies, wie eben ausgeführt, ausgesprochen problematisch, da Beweismittel unabhängig von einem laufenden zivil- oder strafrechtlichen Verfahren erhoben werden und sich insbesondere für eine allfällige Verwertbarkeit im Strafprozess heikle Fragen ergeben.⁸¹⁶ Als Begründung für dieses Vorgehen könnte etwa geltend gemacht, dass die Erstbefragung erst die Voraussetzungen für eine allfällig zu erhebende Gefährdungsmeldung schaffe und es letztlich darum gehe, Verfahren in unbegründeten Fällen zu verhindern.
- 5.55 Um den in Art. 314a Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 446 Abs. 2 ZGB beschriebenen Anforderungen der Delegation zu genügen, darf die Anhörung/Befragung eines Kindes nur nach Rücksprache und Beauftragung durch die KESB durchgeführt werden. Kann diese mangels KESB Pikettdienst nicht erwirkt werden, muss die Delegation derselben abgewartet werden.
- 5.56 Da davon auszugehen ist, dass die Anhörung eines Kindes, bei dem ein Verdacht auf einen sexuellen Übergriff besteht, in der Regel und nicht nur ausnahmsweise an eine Drittperson mit kinderpsychologischen Fachkenntnissen delegiert wird, müsste die nähere Ausgestaltung der Zusammenarbeit mit der betreffenden Stelle im kantonalen Recht geregelt sein. Dies im Wesentlichen deshalb, weil die Delegation an externe Stellen oder Personen zur Sachverhaltsabklärung eine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsprinzips beinhaltet und insofern zu einem Auseinanderbrechen von Entscheidvorbereitung und Entscheidkompetenz führt. Zudem ist zu bedenken, dass die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes eine wesentliche Grundlage für die behördliche Entscheidungsfindung bildet und damit als eine der zentralen Aufgaben der KESB anzusehen ist. Wird diese Aufgabe mehrheitlich ausgelagert, ist die Zusammenarbeit klar zu umschreiben.⁸¹⁷ Aus dem kantonalen Recht müsste konkret hervorgehen, welche Organisation mit der Aufgabe betraut werden kann und welche Fachqualifikationen die befragende Person zu

⁸¹⁵ Zur kindsgerechten Anhörung vgl. SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung, N 19 f. zu Art. 298 ZPO; STECK, BSK ZPO, N 11 zu Art. 298 ZPO.

⁸¹⁶ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 5.65 ff.

⁸¹⁷ Zum Ganzen vgl. AUER/MARTI, BSK ZGB I, N 29 ff. zu Art. 446 ZGB.

erfüllen hat. Standardisierte Erstbefragungen (STEB)⁸¹⁸ durch eine spitalinterne Kindeschutzgruppe dürften damit nur durchgeführt werden, wenn dies im kantonalen Recht auch so vorgesehen ist.

Die Durchführung der beschriebenen Befragung eines Kindes erfordert nicht nur Spezialkenntnisse sondern insbesondere auch Erfahrungswissen. Um letzterwähnte Voraussetzung erfüllen zu können, bedarf es einer Mindestzahl von abzuklärenden Fällen. Dies wird nur gewährleistet werden können, wenn in einem Kanton möglichst wenig Stellen für diese Aufgabe vorgesehen sind. Insofern macht es Sinn im kantonalen Recht festzulegen, welche Stellen (z.B. lediglich die Kindeschutzgruppe des kantonalen Kinderspitals oder eines nahen zentralen Kinderspitals) eine STEB durchführen dürfen. Um dem Unmittelbarkeitsprinzip zumindest annähernd gerecht zu werden, ist es überdies vorzuschreiben, dass die Befragung in Ton und Bild festgehalten wird. Eine Aufzeichnung bietet im Vergleich zu einem Protokoll den wesentlichen Vorteil, dass Aussagen nonverbaler Natur (Mimik/Gestik) festgehalten werden können. Zudem lässt sich eruieren, ob die Befragung kinds- und altersgerecht durchgeführt wurde und die forensische Befragungstechnik seitens der befragenden Person berücksichtigt wurde. 5.57

C) Delegation der Kindeschutzgruppe durch die Strafverfolgungsbehörden?

Entsprechend den Ausführungen zum Kindeschutzverfahren stellt sich auch für ein allfälliges Strafverfahren die Frage, ob die spitalinterne Kindeschutzgruppe zur Befragung beauftragt werden darf. 5.58

Der Strafprozessordnung ist keine Rechtsgrundlage zu entnehmen, wonach eine Erstbefragung eines Kindes als Opfer in einem Strafverfahren an externe Stellen (ausserhalb den Strafverfolgungsbehörden) delegiert werden dürfte. Der Gesetzgeber sieht einzig ein Einbezug – nicht jedoch eine Delegation – einer spezifisch geschulten Fachperson unter den in Art. 154 StPO normierten Regeln vor. Nach Art. 154 Abs. 4 lit. d StPO sind Einvernahmen eines Kindes als Opfer in einem Strafverfahren im Beisein einer Spezialistin und eines zu diesem Zweck ausgebildeten «Ermittlungsbeamten» durchzuführen. Die befragende Person sollte über Erfahrungen und einer Spezialausbildung für die Einvernahme von Kindern verfügen. Das Anforderungsprofil der Spezialistin 5.59

⁸¹⁸ «Die STEB ist eine Befragung von Kindern und Jugendlichen bei Verdacht auf Misshandlung oder Vernachlässigung, welche klaren Vorgaben folgt und auf Video aufgezeichnet wird.» Sie wird durch eine dafür geschulte Fachperson durchgeführt. M.w.H. zu STEB: <http://www.kinderkliniken.insel.ch/fileadmin/kinderheilkunde/kinderheilkunde_users/Pdf/Infolyer_STEB_Dez_2014.pdf> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

wird mit einer kinderpsychologischen Ausbildung sowie einer Ausbildung zur Betreuung von Kindern, die Opfer von Straftaten geworden sind, umschrieben.⁸¹⁹

- 5.60 Strafverfolgungsbehörden (Staatsanwaltschaft und Polizei) verfügen im Gegensatz zur KESB über einen Pikettdienst. Ist aus Sicht der Staatsanwaltschaft der Tatverdacht nicht hinreichend, kann sie auch vor Eröffnung der Strafuntersuchung die Polizei mit ergänzenden Ermittlungen beauftragen (Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO). Die Staatsanwaltschaft kann damit der Polizei die Anweisung erteilen, das betroffene Kind unter Wahrung der Parteirechte erstmals zu befragen (Art. 312 Abs. 2 StPO). Erfolgt eine Anzeige bei der Polizei kann diese im Rahmen der sog. polizeilichen Beweiserhebung Beweismittel ohne Einbezug der Staatsanwaltschaft sammeln. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass es nicht um eine der Staatsanwaltschaft vorbehaltene Untersuchungshandlung geht, die Regeln der Zusammenarbeit zwischen der Staatsanwaltschaft und der Polizei beachtet werden (Art. 307 StPO) und die Parteirechte im Sinne von Art. 312 Abs. 2 StPO gewahrt werden.⁸²⁰
- 5.61 Verfügt nun beispielsweise die Polizei nicht über beschriebene kinderpsychologische Kenntnisse und entsprechendes Erfahrungswissen zum Umgang mit Kindern als Opfer von Straftaten, kann es nach der hier vertretenen Auffassung Sinn machen, Mitglieder der spitalinternen Kinderschutzgruppe, die vor Ort im Spital sind und über entsprechende kinderpsychologische Kenntnisse verfügen, einzubeziehen. Wie bereits festgehalten, wird die Befragung dadurch allerdings nicht an die Kinderschutzgruppe delegiert, vielmehr wird diese in Kooperation mit derselben durchgeführt. In die Befragung involviert ist ein zu diesem Zweck ausgebildeter «Ermittlungsbeamte» der Polizei oder Staatsanwaltschaft und von Seiten der Kinderschutzgruppe die in Art. 154 Abs. 4 lit. d StPO vorgesehene Person mit kinderpsychologischen Kenntnissen.
- 5.62 Eine autonome Befragung der Kinderschutzgruppe ohne Kontaktaufnahme durch die Strafverfolgungsbehörden ist nach der hier vertretenen Ansicht nicht empfehlenswert. Zum einen ist es grundsätzlich die Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden Untersuchungshandlungen vorzunehmen (vgl. Art. 309 StPO). Zum anderen sollte die Befragung nach

⁸¹⁹ Vgl. WEHRENBURG, BSK StPO, N 20 f. zu Art. 154 StPO.

⁸²⁰ Vgl. dazu OMLIN, BSK StPO, N 15 zu Art. 312 StPO; vgl. auch Art. 307 Abs. 1 StPO. Demgemäss hat die Polizei die Staatsanwaltschaft über schwere Straftaten und sowie über schwer wiegende Ereignisse zu informieren. Zudem können die Staatsanwaltschaften von Bund und Kantonen nähere Weisungen über die Informationspflicht der Polizei gegenüber der Staatsanwaltschaft erlassen.

Art. 154 Abs. 4 lit. d StPO nur durch eine zu diesem Zweck ausgebildete «Ermittlungsbeamtin» durchgeführt werden. Da dem Gesetzestext nicht explizit zu entnehmen ist, dass es sich hierbei um eine der Polizei oder Staatsanwaltschaft angehörende Person zu handeln hat und in den Kommentierungen der betreffenden Bestimmung einzig die zu erfüllenden Qualifikationen beschrieben werden,⁸²¹ könnte damit argumentiert werden, dass diese Anforderungen auch von einem Mitglied der spitalinternen Kindesschutzgruppe erfüllt werden. Nach der hier vertretenen Ansicht wollte der Gesetzgeber mit der Wortwahl «Ermittlungsbeamte» zum Ausdruck bringen, dass es sich um eine Person handeln muss, die in die Untersuchung und Ermittlung eines Strafverfahrens involviert ist.⁸²² Insofern sind Mitglieder der spitalinternen Kindesschutzgruppe als «Ermittlungsbeamte» im Sinne von Art. 154 Abs. 4 lit. d StPO auszuschliessen. Abschliessend ist allerdings zu bedenken, dass selbst wenn die Kindesschutzgruppe die Videobefragung ohne Kontaktaufnahme mit der Strafverfolgungsbehörde durchführt, ein Beweismittel entsteht. Ob dieses Beweismittel in einem allfälligen Strafverfahren verwertet werden darf und ob sich dieses autonome Vorgehen eignet, ist eine andere Frage, auf die unter dem nachfolgenden Titel einzugehen ist.⁸²³

Nach dem Gesagten hat die Kindesschutzgruppe bei einem Verdacht auf einen sexuellen Missbrauch oder einer körperlichen Misshandlung eines Kindes die Strafverfolgungsbehörden (Staatsanwaltschaft oder Polizei) zu kontaktieren. Im Rahmen der Befragung ist ein Einbezug von kinderpsychologischen Fachspezialisten der spitalinternen Kindesschutzgruppe unter den in Art. 154 Abs. 4 lit. d StPO normierten Voraussetzungen zulässig. Handelt die spitalinterne Kindesschutzgruppe autonom, kann das Videomaterial ein Beweismittel sein. Ob dieses im Strafverfahren verwertet werden darf, ist separat zu prüfen. 5.63

⁸²¹ Die befragende Person sollte über Erfahrung mit Einvernahmen sowie eine Spezialausbildung für die Einvernahme von Kindern verfügen. Vgl. dazu WEHRENBURG, BSK StPO, N 21 f. zu Art. 154 StPO.

⁸²² So auch OERTLE, 258, 265; RYSER BÜSCHI, 267; Vgl. dazu auch Botschaft Strafprozessordnung, 1085, 1190, mit Verweis auf die Übernahme der Regelung aus dem OHG.

⁸²³ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 5.75 ff.

D) Beweisverwertung im Strafprozess

a) Vorfrage und Weichenstellung

- 5.64 Hinsichtlich der Frage der Verwertbarkeit der Videoaufnahme in einem Strafverfahren ist zu unterscheiden, ob die Videobefragung der spitalinternen Kinderschutzgruppe in Zusammenarbeit mit der Strafverfolgungsbehörde oder ohne eine entsprechende Beauftragung (sog. autonome Videobefragung) durchgeführt wurde.⁸²⁴ Zur Beantwortung dieser Frage ist darauf einzugehen, ob die Beweisverwertungsverbote der StPO zur Anwendung gelangen. Dabei ist zwischen den zwei vorerwähnten Fallgruppen (autonome/kooperative Videobefragung) zu unterscheiden.

b) Beweisverwertungsverbote

- 5.65 Die StPO differenziert in Art. 141 Abs. 1 und Abs. 2 StPO zwischen den sog. absoluten und relativen Beweisverwertungsverboten.
- 5.66 Die Regeln der StPO gelten grundsätzlich nicht für Privatpersonen.⁸²⁵ Handeln Privatpersonen demgegenüber auf Anregung im Auftrag oder mit Unterstützung von Strafbehörden, gelangen für sie dieselben Regeln, die auch für Strafbehörden im Rahmen der Beweiserhebung zu berücksichtigen sind, zur

⁸²⁴ Die in der Praxis gelebten Abläufe variieren von Kanton zu Kanton. Im Kt. ZH wird die Erstbefragung beispielsweise an die Kinderschutzgruppe der Stadtpolizei ZH (Abteilung Sexualdelikte) delegiert. (Hinweis durch Dr. iur. Markus Oertle, Leitender Staatsanwalt des Kantons ZH vom 25. August 2015). Im Kt. BE und AG werden standardisierte Erstbefragungen (STEB) mit Videodokumentation durch spezifisch geschulte Mitglieder der spitalinternen Kinderschutzgruppe durchgeführt. (Hinweis durch Dr. med. D. Münger, leitender Oberarzt Kinder- und Jugendpsychiatrie und Mitglied der Kinderschutzgruppe Aarau des Kantonsspitals Aarau, vom 24. August 2015). Im Kt. BE erfolgt die STEB durch die Kinderschutzgruppe der Universitäts-Kinderklinik des Inselspitals Bern, <http://www.kinderkliniken.insel.ch/fileadmin/kinderheilkunde/kinderheilkunde_users/Pdf/Infolyer_STEB_Dez_2014.pdf> (zuletzt besucht am 30. November 2015); in vielen anderen Kantonen erfolgen STEB durch Dienststellen des kantonalen Kinderschutzes (wie etwa in den Kantonen SG, BS, BL oder LU).

⁸²⁵ SCHMID NIKLAUS, PraxKomm StPO, N 3 zu Art. 141 StPO; JOSITSCH, 90; GODENZI, 174 f.

Anwendung.⁸²⁶ Da spitalinterne Kindesschutzgruppen bei der ersterwähnten Variante in Zusammenarbeit mit den Strafbehörden tätig werden, sind die Regeln der StPO zu berücksichtigen.⁸²⁷

Nach Art. 141 Abs. 1 StPO ist in folgenden Fällen von einem absoluten Beweisverwertungsverbot auszugehen: 5.67

- Der Beweis wurde durch Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohung, Versprechungen, Täuschung, etc. im Sinne Art. 140 Abs. 1 StPO erlangt oder
- die Beweiserhebung vermag den Anforderungen der StPO nicht zu genügen und deren Unverwertbarkeit wird in der StPO explizit vorgesehen.

Die ersterwähnte Situation steht nicht zur Diskussion. Es ist nicht anzunehmen, dass das Videomaterial unter Anwendung von Zwangsmitteln erhoben wird. Von Relevanz kann demgegenüber der zweiterwähnte Punkt sein. Einem strikten Beweisverwertungsgebot unterliegen Beweise, die in Verletzung von Teilnahmerechten der Parteien nach Art. 147 StPO erlangt wurden.⁸²⁸ Ebenso unverwertbar sind Zeugeneinvernahmen oder Aussagen von Auskunftspersonen, die in Verletzung von Zeugnis-⁸²⁹ bzw. Aussageverweigerungsrechten⁸³⁰ erfolgten. 5.68

Besteht bei einem Kind ein Verdacht auf einen sexuellen Missbrauch, verlangt die Wahrung der Parteirechte der beschuldigten Person sowie auch die Einhaltung von Aussage- und Zeugnisverweigerungsrechten des betroffenen 5.69

⁸²⁶ Dies, da ansonsten das förmliche Verfahren umgangen werden könnte. Vgl. dazu GODENZI, 174 ff.; GLESS, BSK StPO, N 40 f. zu Art. 141 StPO; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 175 f.; SCHMID NIKLAUS, Strafprozessrecht, 324 f.; so im Übrigen auch das Urteil des EGMR van Vondel gegen Niederlande (3825/03) vom 25. Oktober 2007, Ziff. 48 ff.

⁸²⁷ Insofern kann die Frage, ob spitalinterne Kindesschutzgruppen als Privatpersonen oder als staatliche Hoheitsträger einzustufen sind, zunächst offen bleiben.

⁸²⁸ OBERHOLZER, Grundzüge Strafprozessrecht, 253 f.; GLESS, BSK StPO, N 48 ff. zu Art. 141 StPO; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 179 f.

⁸²⁹ Zeugeneinvernahmen sind nicht verwertbar, wenn die Zeugeneinvernahme ohne Hinweis auf Zeugnisverweigerungsrechte erfolgte und sich der Zeuge nachträglich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht beruft (Art. 177 Abs. 3 StPO). Siehe auch GLESS, BSK StPO, N 52 zu Art. 141 StPO; OBERHOLZER, Grundzüge Strafprozessrecht, 253 f.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 179 f.

⁸³⁰ Art. 180 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 158 Abs. 2 StPO vgl. dazu KERNER, BSK StPO, N 2 zu Art. 180 StPO. Auskunftspersonen sind nicht zur Aussage verpflichtet. Im Übrigen sind die Bestimmungen über die Einvernahme der beschuldigten Person sinngemäss anwendbar.

Kindes/Jugendlichen von Anfang an höchste Beachtung und ein professionelles Handeln. Ein vorschnelles und unsorgfältiges Vorgehen kann zur Unverwertbarkeit von Beweismaterial führen, was einschneidende Auswirkungen auf die weitere Untersuchung des Falles haben kann. Eine vertiefte und abschliessende Klärung der Rechte des betroffenen Kindes (Opferrechte) und der Beteiligungsrechte der beschuldigten Person(en) und deren praktische Umsetzung in der Videobefragung, würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Zur Veranschaulichung der sich stellenden Herausforderungen drängt es sich jedoch auf, die zentralen Punkte anzusprechen.

- 5.70 Zur Wahrung von Zeugnis- und Aussageverweigerungsrechten ist zunächst zu klären, ob das betroffene Opfer als Zeuge oder Auskunftsperson zu befragen ist.⁸³¹ Während Zeugnisverweigerungsrechte nur unter spezifischen Voraussetzungen zur Anwendung gelangen (vgl. Art. 168 ff. StPO), gilt für Opfer einer Straftat gegen die sexuelle Integrität die Besonderheit, dass sie Aussagen zu Fragen der Intimsphäre in jedem Fall verweigern dürfen (Art. 169 Abs. 4 StPO). In diesem Zusammenhang stellt sich sogleich die praktische Frage, wie ein Kind altersgerecht, umfassend und doch verständlich über dieses Aussageverweigerungsrecht aufgeklärt wird und unter welchen Voraussetzungen davon ausgegangen werden darf, dass es die Belehrung verstanden hat.
- 5.71 Des Weiteren ist zu bedenken, dass die Belehrung über Aussage- und Zeugnisverweigerungsrechte zu Beginn der Befragung zu erfolgen hat, widrigenfalls die Unverwertbarkeit des Beweismaterials droht.⁸³² Bei nicht urteilsfähigen Kindern müssten die Eltern bzw. der sorgeberechtigte Elternteil zum Aussageverweigerungsrecht nach Art. 180 StPO bzw. Art. 169 Abs. 4 StPO Stellung nehmen.⁸³³ Verweigert der gesetzliche Vertreter die Einwilligung, ist die Videobefragung des Kindes nicht verwertbar, selbst wenn diese bereits durchgeführt worden ist.⁸³⁴ Befindet sich die beschuldigte Person unter den vertretungsberechtigten Personen oder besteht eine Beziehung zwischen der vertretungsberechtigten Person und der beschuldigten Person, müsste infolge des bestehenden Interessenkonflikts bei der zuständigen KESB eine Beistandschaft nach Art. 306 Abs. 2 ZGB beantragt werden, um zur Aussageverweigerung nach Art. 180 StPO bzw. Art. 169 Abs. 4 StPO Stellung zu beziehen. Bei Einbezug der KESB bedarf es naheliegenderweise etwas Zeit,

⁸³¹ Kinder unter 15 Jahre sind als Auskunftspersonen, über 15-Jährige als Zeugen oder im Falle der Privatklägerschaft als Auskunftspersonen zu befragen. (Art. 178 lit. a und lit. b StPO).

⁸³² Art. 181 Abs. 1 StPO, Art. 177 Abs. 1 StPO, Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO.

⁸³³ Vgl. dazu Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft ZH, 91.

⁸³⁴ Vgl. dazu Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft ZH, 91.

bis der Antrag bearbeitet und die gewünschte Einwilligung erteilt ist. Aus praktischer Sicht stellt sich die Frage, ob das Kind bis zur Befragung von seinem Umfeld abzuschirmen ist.

Nach Art. 147 Abs. 1 StPO hat die beschuldigte Person grundsätzlich das Recht, bei Beweiserhebungen anwesend zu sein und der einvernommenen Person Fragen zu stellen. Beweise, die in Verletzung der erwähnten Teilnahmerechte erlangt wurden, dürfen grundsätzlich nicht zulasten der Partei verwendet werden, die nicht anwesend war.⁸³⁵ Bei Videobefragung eines Kindes/Jugendlichen mit Verdacht auf einen sexuellen Missbrauch besteht nun jedoch praktisch immer ein erhebliches Dilemma zwischen der Wahrung dieser Teilnahmerechte und den Schutzrechten des Kindes als Opfer im Strafverfahren (Art. 154 StPO).⁸³⁶ 5.72

Diese besonderen Massnahmen zum Schutz des Kindes sehen eine möglichst frühzeitige Befragung des Kindes vor (Art. 154 Abs. 2 StPO). Zudem sollte auf eine Gegenüberstellung mit der beschuldigten Person verzichtet werden, falls dies zu einer schweren psychischen Belastung des Opfers führen könnte (Art. 154 Abs. 4 lit. a StPO). In der Regel und wohl insbesondere bei einem Verdacht auf einen sexuellen Missbrauch geht der Anspruch des Opfers auf Verzicht der Gegenüberstellung gegenüber dem Teilnahmerecht der beschuldigten Person vor. Dadurch kann eine Beeinflussung des Kindes in der Erstbefragung (sowie auch danach) möglichst vermieden werden. Um die Teilnahmerechte der beschuldigten Person trotzdem zu wahren, muss dieser anderweitig Gelegenheit gegeben werden, zur Befragung des Opfers Stellung zu nehmen. Dies erfolgt meist durch audiovisuelle Übertragung in einen Nebenraum, in welchem die beschuldigte Person der Befragung beiwohnen kann und über die befragende Person Gelegenheit bekommt, Fragen zu stellen.⁸³⁷ Da die erste Einvernahme so rasch als möglich durchgeführt werden sollte, ist es oftmals nicht möglich, diese Parteirechte bereits in der ersten Einvernahme des Kindes zu wahren, weshalb eine zweite Befragung erforderlich wird. Eine zweite Befragung darf jedoch nur unter spezifischen Voraussetzungen 5.73

⁸³⁵ Art. 147 Abs. 4 StPO; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 179 f.; GLESS, BSK StPO, N 48 f. zu Art. 141 StPO; OBERHOLZER, Grundzüge Strafprozessrecht, 254, mit Hinweisen zur Möglichkeit der Wiederholung von Beweiserhebungen; vgl. dazu auch SCHLEIMINGER METTLER, BSK StPO, N 7 zu Art. 147 StPO, teilnahmeberechtigt sind grundsätzlich die Parteien nach Art 104 StPO und ihre Rechtsbeistände.

⁸³⁶ Ausführlich zu den Schutzrechten: WEHRENBURG, BSK StPO, N 5 ff. zu Art. 154 StPO. Die in Art. 154 Abs. 2 und 4 StPO festgehaltenen Regelungen sind sog. Ordnungsvorschriften. Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt wurden, sind nach Art. 141 Abs. 3 StPO verwertbar. Siehe auch RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 186 f.

⁸³⁷ Vgl. dazu Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft ZH, 307.

durchgeführt werden (Art. 154 Abs. 4 lit. c StPO). Aus diesem Grund sollten die Parteirechte, wenn immer möglich, bereits in der ersten Befragung gewährt werden.

- 5.74 Wie sich soeben gezeigt hat, setzt die Befragung eines Kindes spezifische strafprozessuale Kenntnisse voraus. Werden die Aussage- und Zeugnisverweigerungsrechte sowie auch die Teilnahmerechte der beschuldigten Person nicht wie in der StPO vorgesehen gewährt, ist das Videomaterial grundsätzlich unverwertbar (sog. absolute Unverwertbarkeit). Die Folgen sind für einen derartigen Fall in der Regel fatal, da die Aussage des Opfers oftmals das einzige Beweismaterial ist. Darf dieses nicht verwertet werden, führt dies zur Einstellung des Strafverfahrens bzw. falls ein solches noch nicht eröffnet wurde, zum Verlust von möglicherweise hinreichenden Anhaltspunkten für einen Tatverdacht, womit in der Regel die Voraussetzungen zur Eröffnung eines Strafverfahrens fehlen.

c) Autonome Videobefragung

- 5.75 Da der Empfehlung für Kinderschutzarbeit an Kinderkliniken nicht zu entnehmen ist, dass die Strafverfolgungsbehörden vor Durchführung der Videobefragung zu kontaktieren sind,⁸³⁸ wird vorliegend auch darauf eingegangen, wie die Rechtslage zu beurteilen ist, wenn die Strafverfolgungsbehörden erst nach Durchführung der Videobefragung kontaktiert werden.
- 5.76 Auch bei dieser Prüfung stellt sich einleitend die Frage, ob die Beweisverwertungsregeln der StPO zu Anwendung gelangen. Wie andernorts dargestellt wurde, sind die Regeln der StPO für Privatpersonen grundsätzlich nicht anwendbar.⁸³⁹ Insofern greifen die soeben erörterten Beweisverwertungsverbote der StPO lediglich, wenn die spitalinterne Kinderschutzgruppe nicht als Privatperson, sondern als eine dem Staat zugeordnete Institution einzuordnen ist.
- 5.77 Spitalinterne Kinderschutzgruppen sind aus Ärzten, Psychologen, Pflegenden und Sozialarbeitern zusammengesetzt.⁸⁴⁰ Soweit ersichtlich existieren vorerwähnte Gruppen lediglich an grösseren, öffentlichen Kinderkliniken der

⁸³⁸ Nach der Empfehlung für Kinderschutzarbeit an Kinderkliniken ist bei einem Verdacht auf einen sexuellen Missbrauch zunächst die formelle Befragung mit standardisierter Videodokumentation vorgesehen. Lässt sich der Verdacht nicht ausräumen bzw. erhärtet er sich, werden in einem weiteren Schritt «strafrechtliche Massnahmen» empfohlen. Dem Wortlaut der Empfehlung, lässt sich kein Hinweis entnehmen, wonach die Staatsanwaltschaft vor der Befragung mit Videodokumentation zu kontaktieren ist.

⁸³⁹ Vgl. Ausführungen unter Rz. 5.66.

⁸⁴⁰ Vgl. Ausführungen unter Rz. 5.16.

Schweiz.⁸⁴¹ Die jeweiligen Kantone sehen den Kindesschutz sodann auch im Leistungsauftrag des jeweiligen Spitals vor. Die Mitglieder der Kindesschutzgruppe stehen in der Regel in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis und sind amtliche Funktionsträger. Die Lehre ordnet die spitalinternen Kindesschutzgruppen im schweizerischen Kindesschutzsystem dem freiwilligen Kindesschutz zu.⁸⁴² Die erwähnten Anhaltspunkte verdeutlichen, dass die Mitglieder der spitalinternen Kindesschutzgruppe zur Unterstützung und zweckmässigen Zusammenarbeit der verschiedenen Stellen und Behörden im Bereich des zivil- und strafrechtlichen Kindesschutzes tätig sind. Des Weiteren ist zu bedenken, dass spitalinterne Kindesschutzgruppen in einzelnen Kantonen zugleich als kantonale Opferberatungsstelle anerkannt und damit den Regeln des OHG unterstellt sind.⁸⁴³ Nach dem Gesagten sind die Mitglieder von spitalinternen Kindesschutzgruppen zur Unterstützung im Bereich der staatlichen Fürsorgepflicht tätig, erfüllen insofern einen öffentlichen Auftrag und können nach der hier vertretenen Ansicht nicht als Privatpersonen eingestuft werden.

Die Beweiserhebungs- und Verwertungsregeln der StPO sind damit auch für autonome Befragungen durch die spitalinterne Kindesschutzgruppen zu berücksichtigen. Bei dieser Erkenntnis kann auf die obenstehenden Ausführungen mit Bezug auf die Wahrung der Teilnahmerechte der beschuldigten Person und die Zeugnis- bzw. Aussageverweigerungsrechte des Opfers verwiesen werden.⁸⁴⁴ Obwohl autonome Erstbefragungen durch Mitglieder von spitalinternen Kindesschutzgruppen den Vorteil haben, dass umgehend und ohne Absprache gehandelt werden kann und die Erinnerungen des Kindes so zeitnah zum vorgefallenen Ereignis und so wenig von äusseren Faktoren beeinflusst als möglich festgehalten werden können, ist das Risiko der Unverwertbarkeit des Videomaterials in einem späteren Strafverfahren hoch, wenn unprofessionell vorgegangen wird. 5.78

⁸⁴¹ Vgl. Ausführungen unter Rz. 5.19.

⁸⁴² Vgl. Ausführungen unter Rz. 3.5.

⁸⁴³ Die Kinderschutzgruppe des Kinderspitals Zürich ist offiziell als Opferberatungsstelle des Kinderspitals Zürich anerkannt. Vgl. dazu Rz. 5.23.

⁸⁴⁴ Vgl. Ausführungen unter Rz. 5.65 ff.

d) Vorteile einer kooperierenden Absprache

5.79 Eine vorgängige kooperierende Absprache durch die Kinderschutzgruppe mit den Strafverfolgungsbehörden und der KESB empfiehlt sich aus nachfolgenden Gründen:

- Zur Klärung der relevanten Fragen für die Erstbefragung, wodurch möglicherweise eine Zweitbefragung verhindert werden kann.⁸⁴⁵ Eine Mehrfachbefragung steht grundsätzlich nicht im Interesse der Wahrheitsfindung, da die Gefahr von Suggestiveffekten besteht.⁸⁴⁶
- Zur Klärung der Frage, ob und falls ja, wer als Beistand des Kindes in den erwähnten Verfahren eingesetzt wird.
- Erfolgt die Befragung vor Eröffnung der Strafuntersuchung muss verhindert werden, dass das Kind anschliessend zum Tatverdächtigen zurückkehrt und einer Beeinflussung ausgesetzt ist (Kollusionsgefahr). Die Anordnung allfällig erforderlicher Kinderschutzmassnahmen ist daher vorgängig vorzubereiten.
- Es ist zu verhindern, dass der Tatverdächtige durch die Kinderschutzgruppe oder die KESB auf eine drohende Strafanzeige angesprochen wird (Verdunkelungsgefahr, Fluchtgefahr).
- Der Zugriff auf den Beschuldigten ist kooperativ unter den involvierten Behörden und Stellen abzusprechen.
- Falls vor Eröffnung der Strafuntersuchung bereits ein Verfahren bei der KESB läuft, könnten diese Akten nach Art. 194 StPO in das Strafverfahren einfließen.⁸⁴⁷

⁸⁴⁵ Eine zweite Befragung ist in der Regel erforderlich, um der beschuldigten Person die Möglichkeit für Ergänzungsfragen zu geben. Vgl. hierzu WEHRENBURG, BSK StPO, N 18 zu Art. 154 StPO.

⁸⁴⁶ RYSER BÜSCHI, 265 f.; WEHRENBURG, BSK StPO, N 16 zu Art. 154 StPO.

⁸⁴⁷ Die Frage der Verwertbarkeit dieser Akten ist allerdings separat zu prüfen.

- Liegen keine ausreichenden deliktsrelevanten Anhaltspunkte vor,⁸⁴⁸ besteht seitens der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit, die Befragung des Kindes an die Polizei (Art. 142 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 306 ff. StPO) zu delegieren.⁸⁴⁹ Verfügen Mitglieder der spitalinternen Kinderschutzgruppe über kinderpsychologische Kenntnisse sowie Erfahrungen im Umgang mit Kindern, die Opfer von Straftaten wurden, erscheint eine Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden mit Blick auf die im Rahmen der Erstbefragung des Kindes zu erfüllenden Voraussetzungen sinnvoll (vgl. Art. 154 Abs. 4 lit. d StPO).

7. Zuziehen von Drittpersonen zur Sachverhaltsabklärung

A) Ausgangslage und Fragestellung

Um möglichst sinnvolle und der Situation angepasste Entscheidungen zu fällen, bedarf es sorgfältiger Abklärungen. Nachdem auf die medizinische Diagnostik, deren Grenzen und die Zulässigkeit bzw. Verwertbarkeit von formellen Erstbefragungen im Strafverfahren eingegangen wurde, interessiert nachfolgend, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen es sich mit der ärztlichen Schweigepflicht vereinbaren lässt, Dritte wie z.B. Spezialisten der forensischen Medizin, Lehrer, Mitglieder des schulpyschologischen Dienstes, Sozialarbeiter, etc. zur Abklärung der Gefährdungslage eines Kindes zuzuziehen. 5.80

B) Stellungnahme und Fazit

Die ärztliche Schweigepflicht wird durch Art. 321 StGB geschützt.⁸⁵⁰ Durch die Einwilligung der betroffenen Person oder die Entbindungserklärung der vorgesetzten Behörde bzw. der Aufsichtsbehörde darf die ärztliche Schweigepflicht durchbrochen werden.⁸⁵¹ Besteht bei einem Kind ein Verdacht 5.81

⁸⁴⁸ Vgl. dazu Urteil des BGer 6B_830/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 1.4, mit dem Hinweis, dass im Zweifelsfall eine Untersuchung zu eröffnen ist; vgl. dazu auch BGE 137 IV 285 E. 2.3.

⁸⁴⁹ Besteht demgegenüber ein hinreichender Tatverdacht ist es grundsätzlich die alleinige Aufgabe der Staatsanwaltschaft, den Sachverhalt abzuklären (Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO). Hiervon ist auszugehen, wenn erhebliche Gründe für das Vorliegen eines Tatverdachts sprechen. Vgl. dazu auch SCHMID NIKLAUS, Strafprozessrecht, 550 f.; OMLIN, BSK StPO, N 26 zu Art. 309 StPO; zur polizeilichen Einvernahme vgl. HÄRING, BSK StPO, N 8 f. zu Art. 142 StPO; SCHMID NIKLAUS, Strafprozessrecht, 327 ff.; OMLIN, BSK StPO, N 33 zu Art. 309 StPO.

⁸⁵⁰ Vgl. dazu auch Ausführungen unter Rz. 4.3 ff.

⁸⁵¹ Vgl. Art. 321 Abs. 2 und Abs. 3 StGB.

auf einen sexuellen Übergriff, ist es zur Sicherung möglicher Spuren entscheidend, dass innert kürzester Zeit eine gynäkologische Untersuchung durchgeführt wird.⁸⁵² Ist das nötige gynäkologische Fachwissen innerhalb der Kinderschutzgruppe nicht verfügbar oder zeigt sich, dass weitergehende Abklärungen erforderlich sind, müssen kurzfristig Spezialisten der forensischen Medizin zugezogen werden. Kann die Einwilligung zur Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht mangels Urteilsfähigkeit des betroffenen Kindes oder Jugendlichen nicht erwirkt werden, müssten grundsätzlich die Eltern zur stellvertretenden Einwilligung zugezogen werden. Dies kann in der beschriebenen Situation, wenn nicht auszuschliessen ist, dass die beschuldigte Person im engsten Familienkreis zu suchen ist, nicht zielführend sein (Verdunkelungsgefahr/Kollusionsgefahr). Reicht die Zeit nicht, um die Bewilligung der vorgesetzten Behörde bzw. Aufsichtsbehörde einzuholen, rechtfertigt das Rechtsinstitut der *mutmasslichen Einwilligung* den Bruch des Arztgeheimnisses.⁸⁵³ In der beschriebenen Situation ist unzweifelhaft davon auszugehen, dass es im Interesse des betroffenen Kindes ist, Spuren sicherzustellen, um Anhaltspunkte für das verübte Delikt zu erlangen. Erst dadurch wird es möglich, die erforderlichen Schutzvorkehrungen für das Kind in die Wege zu leiten.

- 5.82 Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn Lehrer, Sozialarbeiter, Vertreter des schulpsychologischen Dienstes, etc. bei Abklärungen der Gefährdungssituation eines Kindes von spitalinternen Kinderschutzgruppen zugezogen werden. In diesen Fällen fehlt es in der Regel an der Voraussetzung, wonach zur Sicherung von Beweismaterial unmittelbar gehandelt werden muss. Es steht genügend Zeit zur Verfügung, um vor Einbezug der genannten Fachpersonen die Entbindung der ärztlichen Schweigepflicht durch die vorgesetzte Behörde oder die Aufsichtsbehörde zu erwirken. An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass die Zuziehung von unbeteiligten Drittpersonen ohnehin lediglich dann in Erwägung zu ziehen ist, wenn (noch) nicht genügend Anhaltspunkte für eine Gefährdungsmeldung an die KESB vorliegen. Liegen genügend Anhaltspunkte vor, ist es die alleinige Aufgabe der KESB, diese Drittpersonen zu kontaktieren und zu befragen.⁸⁵⁴

⁸⁵² HUG, 19, 23.

⁸⁵³ Zum Rechtfertigungsgrund der mutmasslichen Einwilligung vgl. TAG, 669, 750.

⁸⁵⁴ Art. 307 ff. ZGB.

IV. Handlungsbedarf in der medizinischen Kinderschutzarbeit

1. Kindsmisshandlungen und deren gesellschaftliche Bedeutung

Verschiedene Studien belegen, dass traumatische Ereignisse im Kindesalter, sogenannte «adverse childhood experiences», neben Auswirkungen auf die physische- und psychische Gesundheit auch das Sozialverhalten und die beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten im Erwachsenenalter beeinflussen können.⁸⁵⁵ Neben dem Tod von nahen Bezugspersonen, der Trennung der Eltern, Kriegserlebnissen und Naturkatastrophen, bilden Kindsmisshandlungen die häufigste Ursache für gesundheitliche und psychosoziale Folgen.⁸⁵⁶ Hinsichtlich der gesundheitlichen Folgen der Kindsmisshandlung wird zwischen kurz- und langfristigen Beeinträchtigungen unterschieden. Zu den unmittelbaren Auswirkungen zählen körperliche Verletzungen sowie psychische Folgeprobleme wie Depression, Angst, Rückzug, schulischer Misserfolg, psychosomatische Beschwerden sowie unmittelbares, aggressives Verhalten. Als langfristige Gesundheitsfolgen werden körperliche Beschwerden (koronare Herzkrankheiten, chronisch obstruktive Lungenerkrankungen, etc.) und psychische Krankheiten (Angsterkrankungen, Depressionen, Suchterkrankungen, Persönlichkeitsstörungen, etc.) beschrieben. Ferner sind Kinder, die Opfer von Misshandlungen wurden, später und auch im Erwachsenenalter in Belastungssituationen oftmals deutlich schneller überfordert. Zudem belegen empirische Studien Zusammenhänge zwischen in der Kindheit erlebter Gewalt und ausgeübter Gewalt im Erwachsenenalter,⁸⁵⁷ weshalb insgesamt von einem erhöhten Risiko für Störungen des Sozialverhaltens wie Kriminalität und Delinquenz ausgegangen wird.⁸⁵⁸

5.83

Die beschriebenen Auswirkungen zeigen, dass Kindesmisshandlungen – neben traumatischen Auswirkungen für die Betroffenen – erhebliche gesellschaftliche Auswirkungen und massive Kosten im Gesundheitswesen verursachen.⁸⁵⁹ Die Gesellschaft sollte daher ein grosses Interesse daran haben, die medizinische Kinderschutzarbeit, die einen wesentlichen Beitrag zur Prävention und Früherfassung von Kindesmisshandlungen leisten kann, zu verbessern. Nachfolgend werden konkrete Vorschläge zur Verbesserung der medizinischen Kinderschutzarbeit erläutert.

5.84

⁸⁵⁵ Vgl. European report on preventing child maltreatment WHO, 13 ff.

⁸⁵⁶ M.w.H. LIPS, Prävention und Früherfassung, 400.

⁸⁵⁷ European report on preventing child maltreatment WHO, 22 ff.; DLUGOSCH, 53 ff.

⁸⁵⁸ Bericht des Bundesrates, Gewalt und Vernachlässigung in der Familie, 19 ff.

⁸⁵⁹ European report on preventing child maltreatment WHO, 25 ff.

2. Zweckmässige Zusammenarbeit

- 5.85 Bestrebungen zur Verbesserung der Kinderschutzarbeit sind in Zusammenhang mit der aktuellen Kinder- und Jugendpolitik der Schweiz und den teilweise noch in Planung stehenden, Gesetzes- und Verfassungsänderungen zu sehen.

A) Fehlender Überblick über die bestehenden Leistungen und Angebote

- 5.86 Die Kantone sind durch Art. 317 ZGB beauftragt, die zweckmässige Zusammenarbeit der Behörden und Stellen auf dem Gebiet des zivilrechtlichen Kinderschutzes, des Jugendstrafrechts und der übrigen Jugendhilfe, durch geeignete Vorschriften zu sichern. Die Umsetzung des Kinder- und Jugendschutzes liegt daher zu einem wesentlichen Teil bei den Kantonen.
- 5.87 Einem Bericht des Bundesrates vom Juni 2012 zum Thema «Gewalt und Vernachlässigung in der Familie: notwendige Massnahmen im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe und der staatlichen Sanktionierung»⁸⁶⁰ lässt sich entnehmen, dass die Kantone sehr unterschiedlich mit diesem Auftrag umgehen. In vielen Kantonen fehlt ein Überblick über die bestehenden Kinder- und Jugendhilfeangebote. Die Umsetzung des zivilrechtlichen Kinderschutzes wird teilweise nur in Sozialhilfegesetzen erwähnt. Einzelne Kantone erfassen unter dem Begriff der Kinder- und Jugendpolitik auch den Bereich des Kinderschutzes und der Jugendförderung. Andere Kantone trennen den Bereich des Kinderschutzes und der Kinder- und Jugendförderung.⁸⁶¹ Daneben ist die Kinder- und Jugendpolitik in der Schweiz eng verbunden mit der Arbeit von nichtstaatlichen Organisationen auf privater Initiative. Allerdings fehlen auch in diesem Bereich oftmals klare Zuständigkeiten und Richtlinien.⁸⁶²
- 5.88 Nach dem Gesagten zeigt sich auf gesamtschweizerischer Ebene ein föderal geprägtes und unübersichtliches System bestehender Leistungen und Angebote. Das Leistungsspektrum der Kinder- und Jugendhilfe ist zwar umfangreich, allerdings sind viele – oftmals untereinander nicht vernetzte – Akteure (Städte, Gemeinden, Kantone, Bund, Private) in Einzelbereichen tätig.⁸⁶³

B) Aktuelle Entwicklungen und Bestrebungen

- 5.89 Mit dem Kinder- und Jugendförderungsgesetz (KJFG) sowie der vom Bundesrat erlassenen Verordnung über Massnahmen zum Schutz der Kinder und

⁸⁶⁰ Bericht des Bundesrates, Gewalt und Vernachlässigung in der Familie, 1.

⁸⁶¹ Bericht des Bundesrates, Gewalt und Vernachlässigung in der Familie, 42 ff.

⁸⁶² Bericht der WBK NR, Verfassungsgrundlage Kinder- und Jugendschutz, 17 ff; NETT/SPRATT, 84.

⁸⁶³ Bericht des Bundesrates, Gewalt und Vernachlässigung in der Familie, 42 ff.

Jugendlichen⁸⁶⁴ wurden erste Schritte in die Wege geleitet, um die Kantone beim Aufbau und der Weiterentwicklung ihrer Kinder- und Jugendpolitik zu unterstützen und die Zusammenarbeit mit den kinder- und jugendpolitischen Akteuren zu verbessern. Durch das KJFG soll beispielsweise der Informations- und Erfahrungsaustausch zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden gestärkt und gefördert werden. Zudem soll die Finanzhilfe an private Trägerschaften, Kantone und Gemeinden geregelt werden. Diese Finanzhilfen sollen die kantonale Kinder- und Jugendpolitik fördern, schützen und die Kooperation zwischen privaten Trägerschaften und staatlichen Organisationen strategisch und konzeptionell weiterentwickeln.⁸⁶⁵

Das KJFG dient allerdings nicht als Rechtsgrundlage, die dem Bund im Bereich des Kindes- und Jugendschutzes die Berechtigung geben würde, die Kantone konkret zu qualitativen Standards oder Mindestvorgaben zu verpflichten.⁸⁶⁶ Nach Art. 67 BV hat der Bund neben den Kantonen lediglich eine parallele und subsidiäre Kompetenz, um im Bereich des Kinder- und Jugendschutzes tätig werden zu dürfen.⁸⁶⁷ 5.90

Die beschriebene Problematik der fehlenden Verfassungsgrundlage wurde im Jahr 2007 durch die parlamentarische Initiative von Viola Amherd aufgegriffen.⁸⁶⁸ Die Initiative fordert eine Verfassungsgrundlage, die dem Bund die Möglichkeit einräumt, selbstständig koordinierend in die Kinder- und Jugendpolitik einzugreifen, die Kantone zu konkreten Aktivitäten zu verpflichten und wo nötig Mindeststandards für den Kindes- und Jugendschutz festzulegen. Die neue Verfassungsbestimmung zielt allerdings nicht darauf ab, die Rolle der Kantone und Gemeinden einzuschränken; vielmehr soll der Bund lediglich dort eingreifen, wo es erforderlich ist.⁸⁶⁹ Ob diese parlamentarische Initiative umgesetzt wird, ist fraglich. Auf Antrag des Bundesrates hatte die WBK NR zunächst beschlossen, einen Zwischenbericht zum Stand der der 5.91

⁸⁶⁴ Die Verordnung über Massnahmen zum Schutz von Kindern und Jugendlichen sowie zur Stärkung der Kinderrechte basiert auf Art. 386 StGB. Die Verordnung ermöglicht es dem Bund gesamtschweizerische Programme oder Projekte, die Modellcharakter haben, durchzuführen und Finanzhilfen zu gewähren.

⁸⁶⁵ Botschaft KJFG, 6803, 6823 ff.

⁸⁶⁶ Botschaft KJFG, 6803, 6817; Bericht der WBK NR, Verfassungsgrundlage Kinder- und Jugendschutz, 17.

⁸⁶⁷ Botschaft KJFG, 6803, 6817.

⁸⁶⁸ Bundesversammlung, Geschäftsdatenbank, parlamentarische Initiative Amherd Viola (07.402), Verfassungsgrundlage für ein Bundesgesetz über die Kinder- und Jugendförderung sowie über den Kinder- und Jugendschutz, <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20070402> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁸⁶⁹ Bericht der WBK NR, Verfassungsgrundlage Kinde- und Jugendschutz, 18.

laufenden Massnahmen, der Umsetzung des KJFG und der Verordnung über Massnahmen zum Schutz der Kinder und Jugendlichen abzuwarten.⁸⁷⁰

3. Fazit und Forderungen

- 5.92 Die dargestellte Tätigkeit von spitalinternen Kinderschutzzgruppen zeigt, dass die Früherfassung von gefährdeten Kindern im Spital und in der privaten Kinderarztpraxis nicht abschliessend geregelt und folglich sehr unterschiedlich gehandhabt wird. Im Wissen um die einschneidenden, unmittelbar physischen und psychischen Auswirkungen auf das Kind, die langfristigen Gesundheitsbeeinträchtigungen im Erwachsenenalter sowie auch die beschriebenen Störungen des Sozialverhaltens im Sinne der Kriminalität und Delinquenz wird offensichtlich, dass neue Akzente im Bereich des Kinderschutzes zu setzen sind. Die Kantone sind ihrem auf Art. 317 ZGB basierenden Auftrag, geeignete Vorschriften für die zweckmässige Zusammenarbeit der Behörden und Stellen des zivilrechtlichen Kinderschutzes, des Jugendstrafrechts und der übrigen Jugendhilfe zu sichern, bis heute nicht bzw. sehr unterschiedlich nachgekommen. Diese gesamtschweizerisch unübersichtliche Situation in einem sehr sensiblen Bereich des Kinderschutzes ist bedenklich und mitunter aus völkerrechtlicher Sicht problematisch.
- 5.93 Im Vordergrund stehen dabei die KRK sowie die UNO Pakte I und II.⁸⁷¹ Art. 19 Abs. 1 KRK verpflichtet die Vertragsstaaten beispielsweise, alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs-, Sozial- und Bildungsmassnahmen zu treffen, um das Kind vor jeder Form von Gewaltanwendung, Schadenszufügung oder Misshandlung, Verwahrlosung oder Vernachlässigung zu schützen. Diese Schutzvorkehrungen sollen auch Massnahmen zur Aufdeckung, Meldung, Weiterverbreitung, Untersuchung, Behandlung und Nachbetreuung (Art. 19 Abs. 2 KRK) beinhalten. Demgemäss sind die Vertragsstaaten auch in der Prävention und Früherfassung von Kindesmisshandlungen gehalten, die aufgeführten Ziele durch die erforderlichen Massnahmen und wo erforderlich durch gesetzgeberisches Tätigwerden zu erreichen.⁸⁷² Die föderal geprägten Strukturen der Schweiz können nicht als Entschuldigung für eine mangelhafte

⁸⁷⁰ Bundesversammlung, Geschäftsdatenbank, parlamentarische Initiative Amherd Viola (07.402), Verfassungsgrundlage für ein Bundesgesetz über die Kinder- und Jugendförderung sowie über den Kinder- und Jugendschutz <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20070402> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁸⁷¹ Weitere Ausführungen dazu unter Rz. 3.2 ff.

⁸⁷² Art. 19 UN KRK gilt als programmatische Vorschrift, die die Vertragsstaaten verpflichtet, zur Verwirklichung der im Gesetz enthaltenen Vorschriften gesetzgeberisch tätig zu werden. Art. 19 UN KRK ist daher nicht direkt anwendbar und einklagbar. Siehe dazu auch WYTTEBACH, 142.

Umsetzung, der im Übereinkommen vorgesehenen Kinderrechte und Schutzansprüche herangezogen werden.⁸⁷³

Durch die Annahme der parlamentarischen Initiative von Viola Amherd würde dem Bund die Rechtsgrundlage gegeben, die Kantone zu konkreten Aktivitäten im Bereich der Früherfassung von Kindesmisshandlungen zu verpflichten und Mindeststandards festzulegen. Konkret müsste der Bund die Kantone nach der hier vertretenen Auffassung zu folgenden Massnahmen verpflichten: 5.94

- Die Kindesschutzarbeit zum Leistungsauftrag eines Spitals zu zählen. Dadurch würden die Spitäler verpflichtet, professionelle Anlaufstellen aufzubauen und Vorgehensweisen bei einem Verdacht auf Gefährdung des Kindeswohls zu klären.
- Finanzielle Ressourcen zum Aufbau der Kinderschutzarbeit an Spitälern zur Verfügung zu stellen.
- Eine offizielle Anlaufstelle mit entsprechendem Beratungsangebot für in Privatpraxen tätige Kinderärzte aufzubauen.
- Einen Zusammenschluss aus Vertretern von Kantonen und medizinischen Fachspezialisten im Bereich von Kindesmisshandlungen und Vernachlässigungen zu schaffen. Dieses Gremium sollte ein Grundlagenpapier für die Früherfassung ausarbeiten.⁸⁷⁴ In diesem Regelwerk müsste definiert werden, welche Aufgaben und Kompetenzen spitalinterne Kindesschutzgruppen haben und welche Fachbereiche in der Gruppe vertreten sein sollten. Insbesondere sollte die Schnittstelle zum Staat, zu den Behörden des zivil- und strafrechtlichen Kindesschutzes sowie auch zu kantonalen und kommunalen Anlaufstellen des Kindes- und Jugendschutzes geklärt und näher definiert werden. Diese Grundsätze sollten in kantonale Gesetze einfließen. In diesem Zusammenhang gilt es, die kantonalen und lokalen Unterschiede zu respektieren, allerdings darf dies nicht so weit gehen, dass Kinder und Eltern von Kanton zu Kanton bzw. von Gemeinde zu Gemeinde unterschiedlich behandelt werden bzw. das Schutzniveau unterschiedlich ist.
- Professionelle Schulung und fachspezifische Weiterbildung von Ärzten und anderen Fachspezialisten zu verlangen, wenn diese in spitalinternen Kindesschutzgruppen Einsitz nehmen.
- Die Zusammenarbeit zwischen den Institutionen des freiwilligen Kindesschutzes und den staatlichen Behörden des zivil- und

⁸⁷³ Vgl. dazu Bericht der WBK NR, Verfassungsgrundlage Kinder- und Jugendschutz, 9.

⁸⁷⁴ NETT/SPRATT, 84 ff. Diese Autoren haben im Rahmen einer Studie staatliche Kindesschutzsysteme in England, Australien, Finnland, Schweden, Deutschland und der Schweiz untersucht und daraus Empfehlungen ausgearbeitet.

strafrechtlichen Kinderschutzes in Form von interdisziplinären Fallbesprechungen⁸⁷⁵ voranzutreiben. Durch diese Fallbesprechungen soll es möglich werden, frühzeitig ein vollständiges Bild über die Situation des Kindes und der Eltern zu erlangen und damit eine stabile Entscheidungsgrundlage zu haben, um weitere Schritte in die Wege zu leiten. Die Eltern sind – soweit dies im Einzelfall als zweckmässig erscheint – möglichst frühzeitig in solche interdisziplinäre Fallbesprechungen einzubeziehen.

- Die Arbeit von spitalinternen Kinderschutzgruppen sowie die interdisziplinäre Zusammenarbeit mit staatlichen Behörden des zivil- und strafrechtlichen Kinderschutzes über einen längeren Zeitraum zu evaluieren und entsprechende Erkenntnisse daraus abzuleiten.

5.95 Zusammenfassend ist nochmals zu betonen, dass die Arbeit von spitalinternen Kinderschutzgruppen bei der Früherkennung von Misshandlungen äusserst wertvoll ist. Ein professionelles Vorgehen in einer Verdachtssituation ist die Basis für ein modernes Kinderschutzsystem. Dadurch können Voraussetzungen und Rahmenbedingungen definiert werden, die einen wesentlichen Beitrag dazu leisten, den richtigen Zeitpunkt für eine Intervention sowie auch die Balance zwischen zu viel und zu wenig Intervention zu finden. Der Bund ist daher aufgefordert, die Früherfassung und Prävention von gesundheitlichen Gefährdungen von Kindern gesamtschweizerisch einheitlich zu regeln und die medizinische Kinderschutzarbeit voranzutreiben.

⁸⁷⁵ NETT/SPRATT, 88 ff.

3. Kapitel: Ethische Fallbesprechungen zur Entscheidungsfindung

I. Anwendungsbereich

Im vorangehenden Kapitel wurden Praxisabläufe in Dissens-Situationen zwischen Kind/Eltern und Arzt bei medizinisch (klar) indizierten Behandlungen von Kindern und bei Verdacht auf Kindesmisshandlung dargestellt und diskutiert. Im vorliegenden Kapitel geht es um die rechtliche Beurteilung der Handlungsabläufe, wenn nicht klar gesagt werden kann, ob eine Behandlung zum Wohl und im Interesse des Kindes ist.⁸⁷⁶ Auch in diesen Situationen kann es vorkommen, dass sich die beteiligten Akteure (behandelnder Arzt, zugezogene Spezialisten, Pflegende) und das betroffene Kind bzw. die Eltern hinsichtlich der Wahl der zur Verfügung stehenden medizinischen Behandlungsmöglichkeiten uneinig sind und sich aus ärztlicher Sicht die Frage stellt, wann Entscheidungen der Eltern nicht mehr zu akzeptieren sind.⁸⁷⁷ Von wesentlichem Interesse ist in vorliegendem Kapitel der Prozess der Entscheidungsfindung, die Handlungsinstrumente, der Einbezug der Eltern und die Rechte und Pflichten der behandelnden Ärzte. 5.96

Verschiedene fachärztliche Guidelines und medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW empfehlen in schwierigen Entscheidungsfindungssituationen, bei unklarer medizinischer Indikation und unterschiedlichen Wertbeurteilungen, ethische Fallbesprechungen durchzuführen.⁸⁷⁸ Dadurch soll es möglich werden, Werte- und Interessenkonflikte zu erkennen, Lösungsansätze in einem strukturierten Vorgehen zu besprechen und die Transparenz der Entscheidungsfindung zu verbessern.⁸⁷⁹ Angestrebt wird damit ein 5.97

⁸⁷⁶ Vgl. dazu auch Ausführungen unter Rz. 1.25 zum Thema Grenzbereiche der Medizin.

⁸⁷⁷ Das elterliche Vertretungsrecht sowie der Ermessensspielraum elterlichen Handelns bei indizierten Behandlungen und in Grenzbereichen der Medizin wurden andernorts erörtert. Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.68 ff. (zum elterlichen Vertretungsrecht bei indizierten Behandlungen), Rz. 2.74 ff. (zum elterlichen Vertretungsrecht bei unklarer Indikation), sowie auch Rz. 2.90 ff. (zur konsensuale Entscheidungsfindung von Eltern und Arzt bei unklarer Indikation).

⁸⁷⁸ SAMW-Richtlinie Intensivmedizinische Massnahmen, 7, 31; SAMW-Richtlinie Reanimationsentscheidungen 6, 9, SAMW-Richtlinie zerebral schwerst geschädigte Langzeitpatienten, 6; kritisch zur Anwendung ethischer Prinzipien, Recommendations of perinatal care at the limit of viability, 3 f.

⁸⁷⁹ Zur Massgeblichkeit von ärztlichen Richtlinien vgl. Ausführungen unter Rz. 2.81 ff.

Behandlungsvorschlag, der, wenn immer möglich, auf einem konsensualen Entscheid beruht.⁸⁸⁰

- 5.98 Im vorliegenden Kapitel sollen die Auswirkungen der klinischen Ethikberatung auf die beteiligten Akteure (Arzt, Eltern, Kind, zugezogene Spezialisten, Behandlungsteam) dargestellt und rechtlich hinterfragt werden. Zur Veranschaulichung der Thematik erfolgt einleitend eine Kurzübersicht über die verschiedenen Methoden ethischer Unterstützung in der Medizin.

II. Formen und Bedeutung ethischer Unterstützung in der Medizin

1. Überblick

- 5.99 In der Schweiz existieren verschiedene Konzepte und Methoden, die sich unter dem Begriff der ethischen Fallbesprechung subsumieren lassen.⁸⁸¹ Zu nennen sind Beratungen in der Gruppe, in klinischen Ethikkommissionen oder Ethikforen oder aber auch der Einbezug eines Spezialisten im Sinne einer professionellen Ethikberatung.⁸⁸²
- 5.100 Klinische Ethikkommissionen sind abteilungsexterne, interdisziplinär zusammengesetzte Gruppen, die entweder im Bedarfsfall und situationsbezogen ad hoc gebildet und eingesetzt werden oder – wie dies beispielsweise in grösseren Institutionen der Fall ist – permanent in gleicher Zusammensetzung tagen. Sie unterstützen das Behandlungsteam in medizinisch-ethischen Fragestellungen in der Regel beratend, wobei ihnen in der Praxis im Einzelfall auch Entscheidungsfunktionen zugeschrieben werden.⁸⁸³ In der professionellen Ethikberatung wird ein hausinterner oder externer Ethiker oder ein Team, das über medizin-ethische Kenntnisse verfügt, zur Unterstützung in der Entscheidungsfindung innerhalb des Behandlungsteams zugezogen. Des

⁸⁸⁰ BAUMANN MAX, 123, 139.

⁸⁸¹ Klinische Ethikberatungen sind von kantonalen Ethikkommissionen zu unterscheiden. Letzterwähnte werden für die Beurteilung von Forschungsvorhaben eingesetzt und fällen rechtlich verbindliche Entscheidungen. Vgl. Art. 45, Art. 47 und Art. 51 ff. HFG.

⁸⁸² Da empirischen Daten weitgehend fehlen, kann bislang nicht gesagt werden, welche Ethikstrukturen sich besonders bewährt haben. Vgl. dazu SAMW-Empfehlung Ethische Unterstützung, 9.

⁸⁸³ SALATHÉ/AMSTAD/JÜNGER/LEUTHOLD, 11. Nach Tabelle 5 übernimmt die Ethikberatung im Einzelfall auch Entscheidungsaufgaben; kritisch zur Trennung von Handlung und Verantwortung: BAUMANN-HÖLZLE/ARN, 735 f.

Weiteren bestehen Foren der Reflexion, indem im Rahmen von Fort- und Weiterbildungsveranstaltungen über entschiedene Fälle diskutiert wird.⁸⁸⁴

Die SAMW hat in den Jahren 2002 und 2006 in Akutspitälern, psychiatrischen Institutionen und Rehabilitationskliniken der Schweiz eine Umfrage durchgeführt, um Aufschluss über die bestehenden Angebote zur ethischen Unterstützung in der Medizin zu erhalten. Vergleicht man die Bestandsaufnahmen der Jahre 2002 und 2006, zeigt sich eine markante Zunahme von Ethikstrukturen in Spitälern und Kliniken der Schweiz.⁸⁸⁵ Dessen ungeachtet, sind in der Schweiz Ethikstrukturen zur Zertifizierung von Spitälern bislang nicht vorausgesetzt.⁸⁸⁶ Um sich ein Bild über das Vorgehen in einer ethischen Fallbesprechung machen zu können, wird nachfolgend ein am Universitätsspital Zürich entwickeltes Modell vorgestellt. 5.101

2. Ein Modell aus der Praxis: Sieben Schritte ethischer Entscheidungsfindung

Das Ethik-Modell «7-Schritte-Dialog»⁸⁸⁷ wird in einer ethischen Dilemma-Situation oder bei divergierenden Ansichten innerhalb des Behandlungsteams zur Erarbeitung eines ethisch reflektierten Behandlungsvorschlages angewandt. Das Modell basiert auf einer strukturierten Diskussion, bei der in sieben definierten Schritten⁸⁸⁸ vorgegangen wird. Die Diskussion wird von einer unabhängigen und in ethischen Fragestellungen geschulten Moderatorin, die nicht an der Behandlung des Kindes beteiligt ist, geleitet.⁸⁸⁹ Die Diskussionsteilnehmenden werden in zwei Gruppen eingeteilt. In die eine 5.102

⁸⁸⁴ BAUMANN-HÖLZLE/ARN, 735 ff.; SALATHÉ/AMSTAD/JÜNGER/LEUTHOLD, 8.

⁸⁸⁵ SALATHÉ/AMSTAD/JÜNGER/LEUTHOLD, 8.

⁸⁸⁶ Dies steht im Gegensatz zu den USA, wo Ethikstrukturen zur Zertifizierung von Spitälern vorgeschrieben sind. Vgl. SAMW-Empfehlung Ethische Unterstützung, 8.

⁸⁸⁷ Der «7-Schritte-Dialog» bestand ursprünglich als Gesprächsleitfaden, der von der Ethikerin Ruth Baumann-Hölzle entwickelt und im Jahr 1994 erstmals am Universitätsspital Zürich eingesetzt wurde. Dieser Gesprächsleitfaden entwickelte sich über die Jahre zum «7 Schritte Dialog», einem Verfahren zur ethischen Entscheidungsfindung in der Pädiatrie und der Erwachsenenmedizin. Für Entscheidungen auf der Neonatologie wurde eine modifizierte Form entwickelt, das sogenannte «Zürcher Modell». Vgl. BAUMANN-HÖLZLE, Exemplarische Vertiefung, 215, 216.

⁸⁸⁸ Dazu ausführlich WILS/BAUMANN-HÖLZLE, 122 ff.

⁸⁸⁹ Für eine kritische Auseinandersetzung zu den Vor- und Nachteilen einer neutralen Gesprächsleitung vgl. KIND, Kritische Fragen, 145, 148. Mit Hinweis auf den hohen Aufwand, eine neutrale Gesprächsleitung zu finden, weist der Autor darauf hin, dass es wichtig wäre, dass der innere Kreis seine eigene Gesprächsstruktur findet.

Gruppe, die als innerer Kreis bezeichnet wird, werden die Mitglieder des Behandlungsteams eingeteilt. Der innere Kreis entscheidet über Therapie- oder Behandlungsvorschläge über welche letztlich, wenn immer möglich, Konsens bestehen sollte. Die restlichen Anwesenden bilden den äusseren Kreis. Dieser setzt sich aus Fachleuten oder Interessierten zusammen und steht dem inneren Kreis beratend (ohne Entscheidungsbefugnis) zur Verfügung.⁸⁹⁰

- 5.103 Die Klinikleitung ist bei jeder Ethik-Runde vertreten. Ist der Klinikleiter bzw. dessen Stellvertreter in die Behandlung des Kindes involviert, ist er Teil des inneren Kreises, andernfalls wirkt er beratend im äusseren Kreis. Kann sich die Klinikleitung mit dem Behandlungsvorschlag des inneren Kreises nicht einverstanden erklären oder kann keine einstimmige Entscheidung im inneren Kreis gefällt werden, wird eine weitere Ethik-Runde durchgeführt. Kommen die Personen des inneren Kreises zu einem übereinstimmenden Behandlungsvorschlag, wird dieser den Eltern unterbreitet und begründet. Können sich die Eltern mit dem Behandlungsvorschlag nicht einverstanden erklären, wird eine weitere Ethik-Runde einberufen, bei der die Eltern, sofern sie dies möchten, teilnehmen dürfen.⁸⁹¹

III. Rechtliche Überlegungen zur ethischen Fallbesprechung

1. Ausgangslage und Fragestellung

- 5.104 Das Ziel ethischer Fallbesprechung besteht darin, den behandelnden Arzt und das Behandlungsteam in schwierigen Entscheidungssituationen zu unterstützen. Wie sich unschwer nachvollziehen lässt, hat die ethische Fallbesprechung Auswirkungen auf das ärztliche Behandlungsverhältnis. Zu denken ist in diesem Zusammenhang an das ärztliche Berufsgeheimnis, die ärztliche Aufklärungspflicht sowie die ärztliche Sorgfalts- und Dokumentationspflicht. Des Weiteren ist darauf einzugehen, ob die gesundheitliche Institution eine Verantwortung für ethisch fundierte Entscheidungsfindungsprozesse trägt.

⁸⁹⁰ WILS/BAUMANN-HÖLZLE, 121 f.; BAUMANN-HÖLZLE/MAFFEZZONI/BUCHER, 1777 ff.; VON SIEBENTHAL/BAUMANN-HÖLZLE, 77 ff.; MAFFEZZONI/WUNDER/BAUMANN-HÖLZLE/STOLL, 189, 192–193; kritisch zur Unabhängigkeit des äusseren Kreises: KIND, Kritische Fragen, 145, 148.

⁸⁹¹ BAUMANN-HÖLZLE/MAFFEZZONI/BUCHER, 1777 ff.; VON SIEBENTHAL/BAUMANN-HÖLZLE, 77 ff.; MAFFEZZONI/WUNDER/BAUMANN-HÖLZLE/STOLL, Eine Evaluationsuntersuchung, 189, 192–193.

A) Ärztliches Berufsgeheimnis und die klinischen Ethikberatung

Bereits vor der Einberufung einer ethischen Fallbesprechung fragt sich, ob der behandelnde Arzt das betroffene Kind bzw. die Eltern über sein Vorhaben zu informieren und deren Einwilligung einzuholen hat oder ob er von ihrem stillschweigenden Einverständnis ausgehen darf. Zur Beantwortung dieser Frage, ist auf das ärztliche Berufsgeheimnis nach Art. 321 Abs. 1 StGB und deren Grundregeln zur Weitergabe von Informationen an das Behandlungsteam bzw. an Spezialisten zurückzugreifen.⁸⁹² 5.105

Wie dargestellt wurde, gibt es verschiedene Modelle und Strukturen ethischer Unterstützung.⁸⁹³ Eine Gemeinsamkeit liegt darin, dass bei allen Modellen Drittpersonen (sei dies als Moderator bei der professionellen Ethikberatung, Mitglieder von hausinternen Ethikkommissionen oder Ethikforen) einbezogen werden, die nicht direkt in die Behandlung des Kindes involviert sind. Dem betroffenen Kind bzw. den Eltern dürfte in den wenigsten Fällen bekannt sein, wie Ethikberatungen organisiert sind und mithin unbeteiligte Drittpersonen zugezogen werden. Aus diesem Grund darf nicht davon ausgegangen werden, dass Eltern, die ihr Kind in einer pädiatrischen oder neonatologischen Abteilung behandeln lassen, stillschweigend ihre Einwilligung zur Zuziehung einer Ethikberatung erteilen. Von einem stillschweigenden Einverständnis könnte lediglich ausgegangen werden, wenn die einwilligungsberechtigte Person bei der Aufnahme im Spital auf ethische Fallbesprechungen zur Unterstützung in der Entscheidungsfindung hingewiesen worden ist. Zudem müsste erläutert worden sein, wie und mit welcher Besetzung derartige Besprechungen durchgeführt werden. Intervenieren die Eltern nach einer solchen Information nicht, darf vom ihrem stillschweigenden Einverständnis ausgegangen werden.⁸⁹⁴ Ist das Kind bzw. der Jugendliche mit Bezug auf die Vertraulichkeitspflichten urteilsfähig, ist sein (konkludentes) Einverständnis erforderlich. 5.106

Nach dem Gesagten hat der Arzt – sofern die Ethikberatung nicht anonym erfolgen kann und nicht von einer stillschweigenden Einwilligung auszugehen ist – die einwilligungsberechtigte Person über die Einberufung der ethischen Fallbesprechung zu informieren und deren Einverständnis abzuholen.⁸⁹⁵ Kann sich die einwilligungsberechtigte Person mit der Zuziehung ethischer 5.107

⁸⁹² Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 4.3 f.; sowie Rz. 4.10.

⁸⁹³ Vgl. Rz. 5.99 f.

⁸⁹⁴ WIESING, 1703, 1706.

⁸⁹⁵ So auch WIESING, 1703, 1706; NEITZKE, 293, 300, wobei dieser noch einen Schritt weiter geht, indem er Patienten oder dessen Angehörigen ein Recht einräumen will, an ethischen Besprechungen teilnehmen zu dürfen; ROTHÄRMEL, Rechtsfragen, 178, 183.

Unterstützung nicht einverstanden erklären, ist diese jedoch aus Sicht des behandelnden Arztes im Interesse des Patienten erforderlich, hat sich der Arzt durch die Berufsaufsichtsbehörde von der ärztlichen Schweigepflicht entbinden zu lassen (Art. 321 Abs. 2 StGB).

B) Ärztliche Aufklärungspflicht und elterliches Veto-Recht

- 5.108 Konnte durch die ethische Fallbesprechung ein Behandlungsvorschlag erarbeitet werden, ist dieser vom behandelnden Arzt zu prüfen. Kann sich dieser damit einverstanden erklären, stellt sich die Frage, in welchem Umfang das ethische Besprechungsergebnis gegenüber den Eltern zu kommunizieren ist.
- 5.109 Die rechtsgültige Einwilligung in eine medizinische Behandlung verlangt die vorangehende ärztliche Aufklärung der einwilligungsberechtigten Person. Ist das Kind urteilsunfähig, verfügt es über keinen «rechtsgestaltenden Willen», weshalb die gesetzlichen Vertreter, in der Regel die Eltern, aufzuklären sind.⁸⁹⁶ Damit sich die einwilligungsberechtigte Person ein vollständiges Bild über die Situation machen kann, ist sie neben der Diagnose, dessen Tragweite (Diagnoseaufklärung) sowie der vorgeschlagenen Therapie und möglichen Alternativen (Verlaufsaufklärung)⁸⁹⁷ auch darüber zu informieren, wie der unterbreitete Behandlungsvorschlag zustande gekommen ist. Konkret haben die Eltern ein Recht zu erfahren, welche Behandlungsalternativen in Erwägung gezogen wurden, welche Punkte die Entscheidung erschwert haben und welche Gründe schliesslich zum vorgelegten Behandlungsvorschlag geführt haben.⁸⁹⁸ Ebenso sind die Eltern darüber zu informieren, mit welchen Risiken der unterbreitete Behandlungsvorschlag verbunden ist (Risikoaufklärung)⁸⁹⁹ und

⁸⁹⁶ Zur Aufklärung und Einwilligung in eine medizinische Behandlung vgl. Ausführungen unter Rz. 2.12 ff.

⁸⁹⁷ Diagnose- und Verlaufsaufklärung werden in der Lehre zum Teil unter dem Oberbegriff der sog. Eingriffsaufklärung zusammengefasst. Vgl. WIEGAND, Aufklärungspflicht, 130 f.; FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 102, 174; für das deutsche Recht: KATZENMEIER, Aufklärungspflicht und Einwilligung, 103, 111 ff.

⁸⁹⁸ Zur Aufklärung über Behandlungsalternativen vgl. SCHELLING/ERLINGER, 331 ff., 334. Mit dem Ziel dem Patienten eine echte Wahlmöglichkeit zu geben, werden hohe Anforderungen an die Aufklärungspflicht gestellt. In der Praxis geht es jedoch darum, den Umfang der Aufklärungspflicht auf ein praktikables Mass zu reduzieren. Es ist kaum sinnvoll und geeignet über alle in der Medizin diskutierten, erfolgsversprechenden, möglicherweise auch nicht mehr praktizierten Vorgehensweisen aufzuklären.

⁸⁹⁹ M.w.H. zur Risikoaufklärung: FELLMANN, Aufklärung von Patienten, 172, 179 ff.

welche Risiken eine Nichtbehandlung (Aufklärung über Nichtbehandlung)⁹⁰⁰ beinhaltet.

Hinsichtlich des Umfanges der Risikoaufklärung gilt der Grundsatz, wonach ein Arzt einen Patienten bzw. dessen gesetzlichen Stellvertreter nicht in allen Details über die hinlänglich bekannten Risiken aufzuklären hat. Bei Eingriffen, die spezifische Gefahren und Risiken beinhalten, bedarf es demgegenüber spezifischer Aufklärung.⁹⁰¹ Es liegt auf der Hand, dass der Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht in der Praxis schwierig zu bestimmen und letztlich eine Gratwanderung ist. Einerseits sollte eine Überforderung des Patienten durch allzu detaillierte Aufklärung vermieden werden, andererseits sollten Grundlagen vermittelt werden, die es dem Patienten bzw. der stellvertretungsberechtigten Person ermöglichen, eine selbstbestimmte Entscheidung zu fällen. Die Richtschnur bildet das individuelle Informationsbedürfnis der einwilligungsberechtigten Person.⁹⁰² Mithin hat der Arzt, abhängig von der Belastbarkeit der aufzuklärenden Person, im Einzelfall «das Mass der notwendigen Information» abzuschätzen. 5.110

Entscheide in Grenzbereichen der Pädiatrie oder Neonatologie zählen unbestritten zu den Eingriffen, die oft grosse Risiken bergen. Eine eingehendere Aufklärung seitens der Ärzte ist daher unumgänglich. Liegt der ärztliche Behandlungsvorschlag in einem Grenzbereich und kann nicht eindeutig gesagt werden, ob die Behandlung zum Wohl und im Interesse des betroffenen Kindes ist, muss dies gegenüber den Eltern kommuniziert werden. Darüber hinaus sind die Eltern über ihr «Veto-Recht» gegenüber dem unterbreiteten Behandlungsvorschlag zu informieren.⁹⁰³ 5.111

Wurde der Behandlungsvorschlag – mit Wissen der Eltern – unter Einbezug ethischer Unterstützung ausgearbeitet, ist dies mit der Konsequenz verbunden, 5.112

⁹⁰⁰ Zur Aufklärung über Nichtbehandlung vgl. DEUTSCH/SPICKHOFF, 179 ff.

⁹⁰¹ BGE 134 II 235 E. 4.3.2; Urteil des BGer 4C.366/2007 vom 9. Februar 2007 E. 4.1.2; Urteil des BGer 4C_66/2007 vom 9. Januar 2008 E. 5; BGE 117 Ib 203 E. 3b; VAN SPYK, 221 f.; für das deutsche Recht: DEUTSCH/SPICKHOFF, 184 ff. Der Umfang der Risikoaufklärung orientiert sich an «der Indikation der Behandlung, der Zwischenfallsprognose sowie der Typizität und dem Ausmass des Risikos». Das Recht orientiert sich nicht an Prozentsätzen der Zwischenfallshäufigkeit.

⁹⁰² BGE 134 II 235 E. 4.3.2; VAN SPYK, 221 f., GULLOD, Consentement éclairé, 161 f.; PAYLLIER, 112 f.; PALLY HOFMANN, Arzthaftung, 73 f.; FELLMANN, Aufklärung von Patienten, 171, 180 f.; WIEGAND, Aufklärungspflicht, 136 ff.; ROGGO, 191; FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 103, 196.

⁹⁰³ Im Grunde genommen handelt es sich nicht um ein eigentliches «Veto-Recht», sondern um eine Entscheidungskompetenz. Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.11.

dass sich die Eltern letztlich gegen einen Teamentscheid zur Wehr setzen müssen. Bei Entscheidungen auf der Neonatologie oder auf der Intensivstation, bei denen es nicht selten um Leben und Tod geht, ist dies nachvollziehbarerweise äusserst belastend.⁹⁰⁴ Ob Eltern in dieser Ausnahmesituation die Kraft und den Mut aufbringen, einen Entscheid des Behandlungsteams in Frage zu stellen und effektiv eine selbstbestimmte Entscheidung fällen, ist fraglich. Illustrativ für die beschriebene Problematik ist der Erfahrungsbericht der klinischen Ethikberatung am Kinderspital Zürich. Demgemäss akzeptierten Eltern in 59 von 73 Fällen (=81%) Behandlungsvorschläge, die durch Zuziehung ethischer Unterstützung im Team gefällt wurden.⁹⁰⁵ Bedenkt man, dass ethische Fallbesprechungen nur in schwierigen Entscheidungsfindungsprozessen zugezogen werden, ist die Akzeptanz der Eltern auffällig hoch. Um die beschriebene Problematik zu entschärfen und den Eltern tatsächlich eine Chance zu geben, zumindest annähernd selbstbestimmte Entscheidungen fällen zu können, erscheint es unabdingbar, Eltern so früh als möglich über die Zuziehung der ethischen Unterstützung aufzuklären und ihnen – sofern sie davon Gebrauch machen möchten – die Gelegenheit zu geben, daran teilzunehmen. Ergänzend ist anzumerken, dass die hohe Zustimmungsrates nicht einseitig negativ im Sinne einer «Entmündigung» der Eltern verstanden werden darf. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Eltern in schwierigen und emotional belastenden Situationen oftmals dankbar sind, dass die Entscheidungsverantwortung von einem Fachgremium mitgetragen wird.

C) Ärztliche Sorgfaltspflicht und klinische Ethikberatung

- 5.113 Verschiedentlich wird argumentiert, Ethikberatungen würden seitens der Ärzte einberufen, um sich juristisch abzusichern und dadurch einen Beweis zu erwirken, verantwortlich gehandelt zu haben.⁹⁰⁶ Nachfolgend ist daher zu klären, ob und gegebenenfalls welche Auswirkungen die Zuziehung ethischer Fallbesprechung auf die ärztliche Sorgfaltspflicht hat.⁹⁰⁷
- 5.114 Ein Arzt, der professionelle Ethikberatung in Anspruch nimmt, beweist, dass er sich für Transparenz in der Entscheidungsfindung bemüht. Die ärztliche Verantwortung gegenüber dem Patienten wird allerdings durch den Einbezug ethischer Fallbesprechung nicht delegiert.

⁹⁰⁴ Vgl. NZZ vom 2. September 2013, Interview mit Tanja Krones, Geschäftsführerin des klinischen Ethikkomitees am Universitätsspital Zürich, 40.

⁹⁰⁵ STREULI ET AL., 629.

⁹⁰⁶ PORZ, 4, 5; ROTHÄRMEL, Rechtsfragen, 178, 183.

⁹⁰⁷ Zur ärztlichen Sorgfaltspflicht vgl. Ausführungen unter Rz. 4.35 ff.

Da die SAMW in verschiedenen Richtlinien auf die ethische Unterstützung in schwierigen Entscheidungsfindungsprozessen hinweist,⁹⁰⁸ dürfte es für den verantwortlichen Arzt für den Beweis eines sorgfältigen Vorgehens zumindest hilfreich sein, eine Ethikberatung zugezogen zu haben. Wird dies getan, obliegt dem verantwortlichen Arzt die Pflicht, die Mitglieder der klinischen Ethikkommission bzw. den moderierenden Ethiker mit allen erforderlichen Informationen zum Sachverhalt zu bedienen. Weiter hat er zu überprüfen, ob seine übermittelten Informationen richtig aufgenommen wurden.⁹⁰⁹ Wurde durch die ethische Fallbesprechung ein Behandlungsvorschlag ausgearbeitet, ist der verantwortliche Arzt nicht verpflichtet diesem zu folgen. Vielmehr hat er gewissenhaft zu überprüfen, ob dieser mit den «Regeln der ärztlichen Kunst» vereinbar ist und dem aktuellen Stand der Wissenschaft entspricht oder ob einer anderen Behandlungsmöglichkeit den Vorzug zu geben ist. Schliesslich hat er sich für eine der zur Verfügung stehenden Möglichkeiten nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Sollte sich im Nachhinein ergeben, dass er nicht die objektiv beste Lösung gewählt hat, dann kann er nur dort zur Verantwortung gezogen werden, «wo eine Diagnose, eine Therapie oder ein sonstiges ärztliches Vorgehen nach dem allgemeinen fachlichen Wissensstand nicht mehr als vertretbar erscheint und damit ausserhalb der objektivierten ärztlichen Kunst steht».⁹¹⁰ Zusammenfassend festgehalten, sind ethische Fallbesprechungen nicht dafür gedacht, Ärzte von ihrer Sorgfaltspflicht zu entbinden. Die rechtliche Verantwortung verbleibt – unabhängig davon, ob eine Ethikberatung zugezogen wurde – beim behandelnden Arzt.⁹¹¹

5.115

D) Dokumentation und Transparenz ethischer Fallbesprechungen

Eine internationale Studie untersuchte die Entscheidungsfindung zur Umstellung auf Palliativmedizin bei Kindern auf der Intensivstation. Obwohl in 60% der Todesfälle auf der Intensivstation die Therapie bewusst begrenzt oder abgebrochen wurde, war den Akten nicht zu entnehmen, welche Überlegungen zur Änderung des Therapieziels geführt haben und wie der

5.116

⁹⁰⁸ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 5.97.

⁹⁰⁹ SÄFKERN, 196, 204.

⁹¹⁰ Urteil des BGer 4A_48/2010 vom 9. Juli 2010 E. 6.1; vgl. auch BGE 130 IV 7 E. 3.3; 120 Ib 411 E. 4a; FELLMANN, Haftung des Arztes 1935, 1945.

⁹¹¹ SAMW-Empfehlung Ethische Unterstützung, 7; anders für das deutsche Recht: SÄFKERN, 196, 198. Nach ihm kann im Ausnahmefall von einer Mitverantwortung der klinischen Ethikkommission ausgegangen werden, wenn die Beratung ganz offensichtlich falsch und erkennbar gewesen war, dass die Befolgung des Vorschlages zu einem späteren Schaden führen wird.

Entscheidungsfindungsprozess abgelaufen ist.⁹¹² Diese Erkenntnis wirft Fragen zur Dokumentation ethischer Fallbesprechungen auf.

- 5.117 Die auftragsrechtliche Rechenschaftsablegung nach Art. 400 OR beinhaltet für den Beauftragten die Pflicht, den Auftraggeber jederzeit wahrheitsgetreu und vollständig über den Stand der Geschäftsführung informieren zu können. Umgesetzt auf das ärztliche Behandlungsverhältnis, bildet Art. 400 OR die Rechtsgrundlage für die vertragliche Nebenpflicht des Arztes, eine Krankengeschichte zu führen. In dieser ist die ärztliche Vorgehensweise und Behandlung ausführlich, sorgfältig und vollständig festzuhalten. In welchem Umfang der Behandlungsplan schriftlich vorzuliegen hat, ist in der Lehre allerdings umstritten.⁹¹³ Die Krankengeschichte dient ferner der Beweissicherung, indem daraus erschiessbar sein sollte, ob und wie und in welchem Umfang der Patient bzw. die vertretungsberechtigte Person über den vorgesehenen Behandlungsplan informiert wurde, um rechtsgültig in eine medizinische Behandlung einwilligen zu können.
- 5.118 Aufgrund der Grundsätze zur ärztlichen Aufklärungspflicht⁹¹⁴ reicht es nach der hier vertretenen Ansicht nicht, wenn den Krankenakten lediglich zu entnehmen ist, dass eine ethische Fallbesprechung stattgefunden hat. Damit sich die einwilligungsberechtigte Person ein umfassendes Bild über die vorgesehene Behandlung machen kann, ist – neben der mündlichen Aufklärung über den Ablauf der ethischen Fallbesprechung – der Vollständigkeit halber auch ein Protokoll der Ethikberatung zu verfassen und dieses der einwilligungsberechtigten Person zugänglich zu machen, sofern diese Einsicht nehmen möchte. Aus dem Protokoll sollte hervorgehen:

⁹¹² TORREAO/PEREIRA/TROSTER, 3, 8. In dieser Studie wurden Fachartikel aus Amerika, England, Holland, Malaysia und Brasilien, die sich mit Entscheidungsfindungsprozessen in der Intensivmedizin befassen, detailliert nach Verfahren, Strategien, Begründungen und Dokumentationen untersucht. Siehe auch RAMSAUER/FREWER, 207, 211.

⁹¹³ Nach dem Willen des Gesetzgebers, muss der Behandlungsplan nicht schriftlich festgelegt werden, da man unnötigen Formalismus vermeiden wolle. Vgl. dazu Botschaft Erwachsenenschutz 7001, 7036. Im Gesetzgebungsverfahren sprach sich der Ständerat explizit gegen die Schriftlichkeit aus (vgl. Amtl. Bull. StR 2007, 832); in der Lehre plädieren verschiedene Autoren für die Schriftlichkeit des Behandlungsplanes: GASSMANN, Komm Erwachsenenschutz, N 6 zu Art. 377/378 ZGB; ebenso EICHENBERGER/KOHLER, BSK Erwachsenenschutz, N 18 zu Art. 377 ZGB; m.w.H. zur Dokumentationspflicht: SCHLATTER, 134 ff.; FELLMANN, Aufklärung von Patienten, 172, 174 ff.; WIEGAND, Aufklärungspflicht, 198 ff.; FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 103, 136 ff.; ROGGO, 206 ff.; KATZENMEIER, Berufsgeheimnis und Dokumentation, 303, 318 ff.

⁹¹⁴ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 5.109 ff.; sowie Rz. 2.12.

- die ethische Fragestellung,
- die Teilnehmer der Ethikrunde mit Angabe des fachlichen Hintergrundes,⁹¹⁵
- Ort, Datum, Zeit,
- die zur Diskussion stehenden alternativen Behandlungsmöglichkeiten und weshalb diese in Erwägung gezogen wurden,
- die Begründung, weshalb die diskutierten Behandlungsalternativen nicht weiterverfolgt wurden und
- letztlich der Behandlungsvorschlag mit Begründung (insbesondere Behandlungsziel, Risiken, Nebenwirkungen, etc.).

E) Behandlungsplan und institutionelle ethische Verantwortung

Zentrale Revisionsanliegen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes waren der bessere Schutz von urteilsunfähigen Personen und die Stärkung der Solidarität in der Familie.⁹¹⁶ Sodann werden unter dem Titel Behandlungsplan Regeln für die Vorgehensweise bei medizinischen Massnahmen an urteilsunfähigen Erwachsenen aufgestellt (Art. 377 ff. ZGB). Der Gesetzgeber klärt in diesen Bestimmungen nicht nur, welche Personen in welcher Reihenfolge stellvertretend über medizinische Behandlungen des Urteilsunfähigen entscheiden dürfen,⁹¹⁷ sondern er möchte auch für Transparenz in der Entscheidungsfindung der zu ergreifenden medizinischen Massnahmen sorgen. Dem behandelnden Arzt wird daher die Verantwortung für die Behandlungsplanung und den Einbezug der entscheidungsberechtigten Person auferlegt.⁹¹⁸ 5.119

Ärzte sind in ihrem beruflichen Alltag zunehmend mit schwierigen Werteabwägungen konfrontiert. Es stellt sich daher die Frage der institutionellen Mitverantwortung für eine transparente Entscheidungsfindung trägt. Dabei wäre zunächst die Effizienz von Ethikberatungen in der Schweiz zu klären. In der Schweiz liegen bislang keine abschliessenden Daten über die Auswirkungen von medizinisch-ethischer Entscheidungsfindung vor. Demnach kann nicht belegt werden, ob in Spitälern, in denen ethisch strukturierte Entscheidungsverfahren durchgeführt wurden, weniger ineffiziente, sinnlose und belastende 5.120

⁹¹⁵ Erst dadurch wird es für die Eltern möglich, sich ein Bild darüber zu machen, ob fachspezifische Zweitmeinungen bei der Erarbeitung des Behandlungsvorschlages eingeflossen sind.

⁹¹⁶ Botschaft Erwachsenenschutz, 7001, 7013/7014.

⁹¹⁷ Vgl. dazu Art. 378 ZGB.

⁹¹⁸ Art. 377 Abs. 1 ZGB; EICHENBERGER/KOHLER, BSK Erwachsenenschutz, N 7 zu Art. 377 ZGB; FANKHAUSER, HandKomm, N 3 zu Art. 377 ZGB.

Behandlungen vorgekommen sind, als in Spitälern, die über keine derartigen Prozesse verfügen.⁹¹⁹

- 5.121 Liesse sich allerdings die Effizienz von Ethikberatungen nachweisen, kann die Transparenz für die Entscheidungsfindung, und darin eingeschlossen die Verantwortung für die Festlegung des Behandlungsplanes, nicht allein dem behandelnden Arzt auferlegt werden.⁹²⁰ Vielmehr müsste die Institutionalisierung von Ethikberatungen in privaten und öffentlichen Spitälern angestrebt werden. Entsprechend haben die Gesundheitsinstitutionen dafür besorgt zu sein, dass den behandelnden Ärzten infrastrukturelle, organisatorische und personelle Rahmenbedingungen zur Verfügung stehen, um ethisch fundierte Entscheidungen entwickeln zu können.⁹²¹ Für die bestehenden und auch die zukünftig zu implementierenden Ethikberatungen müssten zudem konkrete Qualitätsstandards eingeführt und regelmässig evaluiert werden.⁹²²

2. Fazit und Ausblick

- 5.122 Die Entwicklungen der Medizin, die zunehmende Gewichtung der Autonomie des Patienten sowie der steigende Kostendruck im Gesundheitswesen erschweren die Entscheidungsfindung zunehmend. Das Selbstbestimmungsrecht der Patienten, gesellschaftliche Veränderungen und technische Möglichkeiten führen zu Wertekonflikten, die sich mittels überkommener Entscheidungsprozesse nur unzureichend lösen lassen. Unzureichend meint nicht, dass ethische Fragestellungen heute nicht verantwortungsvoll behandelt würden, sondern, dass die Vorgehensweise von den verantwortlichen Personen mehr intuitiv und individuell, anstatt bewusst und transparent geprägt ist. Ethische Fallbesprechungen können einen Beitrag zur Entscheidungsqualität und

⁹¹⁹ ROTHÄRMEL, Rechtsfragen, 178, 184; SIMON, Qualitätssicherung und Evaluation, 163, 174. Ein aussagekräftiger Nachweis dürfte sehr schwierig sein, da ein Vergleich zwischen der Situation vor und nach der Einführung von Ethikberatung erforderlich wäre oder – sofern die Ethikberatung bereits eingeführt worden ist – die Ausgangslage mit einer gleichgelagerten Kontrollgruppe ohne Ethikberatung zu vergleichen wäre. Vgl. auch BUCHER, Erfahrungen, 225, 226; SAMW-Empfehlung Ethische Unterstützung, 24.

⁹²⁰ Wobei anzumerken ist, dass in komplexen Fällen nicht von einem behandelnden Arzt auszugehen ist, vielmehr ist eine Vielzahl von Ärzten an der Behandlung beteiligt. Mit anderen Worten geht der Gesetzgeber von einem längst überholten Behandlungsverhältnis aus.

⁹²¹ Dazu ausführlich NAEF, 101, 115; WINKLER, 123, 128.

⁹²² So auch SAMW-Empfehlung Ethische Unterstützung, 24; für Deutschland: SIMON, Qualitätssicherung und Evaluation, 163, 168. Dieser hat Anregungen aus der US-amerikanischen Diskussion aufgenommen und daraus Vorschläge für die Qualitätsstandards der Ethikberatung in Deutschland ausgearbeitet.

Reflexionstiefe leisten und die interprofessionelle Zusammenarbeit fördern.⁹²³ Die Bestrebungen der SAMW, die Ziele, Aufgaben, Grenzen und Risiken sowie Anwendungsfelder der ethischen Fallbesprechung durch die Empfehlung «Ethische Unterstützung in der Medizin» näher zu definieren, ist daher begrüßenswert.

Bei allen Vorteilen darf die Ethikberatung allerdings auch nicht überschätzt werden. Die beschriebenen rechtlichen Grundlagen des ärztlichen Behandlungsverhältnisses sind nach wie vor zu beachten. Ebenso sind Kenntnisse über den zivil- und strafrechtlichen Kinderschutz sowie Grundkenntnisse zum Thema Sterbehilfe im Rahmen von Therapiebegrenzungen an der Grenze der Lebensfähigkeit,⁹²⁴ wie in der übrigen Medizin, auch in der Pädiatrie und Neonatologie unabdingbar. Nur wenn der verantwortliche Arzt die rechtlichen Rahmenbedingungen kennt, kann er die sich ihm bietenden Ermessensspielräume – beispielsweise durch Konsultation der Ethikberatung – optimal ausschöpfen.⁹²⁵ Ethikberatungen sind daher bei schwierigen Werteabwägungen im Entscheidungsfindungsprozess einzusetzen, nicht jedoch zur Abklärung der Rechtslage bei Rechtsunsicherheit. 5.123

Die ärztlichen Berufspflichten, wie etwa die ärztliche Geheimhaltungs-, Aufklärungs- und Dokumentationspflicht sowie auch die ärztliche Sorgfaltspflicht, werden für den behandelnden Arzt nicht obsolet, wenn ethische Unterstützung in Anspruch genommen wird. So hat der verantwortliche Arzt vor Zuziehung ethischer Unterstützung im Entscheidungsfindungsprozess – sofern die Zeit reicht und die ethische Fallbesprechung nicht anonym erfolgen kann – die Einwilligung der berechtigten Person einzuholen. Kann die Einwilligung nicht erwirkt werden, bedarf es einer Entbindung durch die vorgesetzte Behörde oder Aufsichtsbehörde.⁹²⁶ Sofern hierfür nicht genügend Zeit vorhanden ist und keine dagegensprechenden Anhaltspunkte vorliegen, darf (ausnahmsweise) von der hypothetischen Einwilligung der betroffenen oder stellvertretungsberechtigten Person ausgegangen werden. 5.124

Im Anschluss an ethische Fallbesprechungen hat der verantwortliche Arzt die entscheidungsberechtigte Person darüber zu informieren, welche 5.125

⁹²³ SAMW-Empfehlung Ethische Unterstützung, 7.

⁹²⁴ Vgl. dazu SIMON, Bedeutung und Umgang, 8, 19, welcher in seiner Befragung im Zusammenhang mit Entscheidungen am Lebensende im Jahre 2004 zum Schluss gekommen ist, dass 35% der von ihm befragten Ärzte den rechtlichen Unterschied zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe nicht kannten. M.w.H. ROTHÄRMEL, Rechtsfragen, 178, 181, die darauf hinweist, dass mangelnde Rechtskenntnisse von Ärzten zu einem Hinausschieben von Entscheiden führen können.

⁹²⁵ WIESING, 1703, 1706.

⁹²⁶ Vgl. Ausführungen unter Rz. 4.3 ff.

Behandlungsalternativen in Erwägung gezogen wurden, welche Gesichtspunkte die Entscheidung erschwert haben und welche Beweggründe schliesslich zum vorgelegten Behandlungsvorschlag geführt haben. Erst dadurch werden die Voraussetzungen für eine selbstbestimmte Entscheidung durch die entscheidungsberechtigte Person geschaffen. Die grosse Herausforderung liegt in diesem Zusammenhang darin, das individuelle Informationsbedürfnis der entscheidungsberechtigten Person abzuschätzen und die Weitergabe von Informationen im Bedarfsfall, bei voraussichtlich nachteiligen Auswirkungen, zu beschränken.⁹²⁷

- 5.126 Ein Ziel der Revision des Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes war, den Schutz der urteilsunfähigen Personen als auch die Solidarität in der Familie zu stärken. Dieses Ziel lässt sich durch eine transparente Entscheidungsfindung angehen.⁹²⁸ Ethische Fallbesprechungen sind darauf fokussiert, ein systematisches Vorgehen zu unterstützen und dadurch die Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen zu verbessern. Da bislang keine fundierten wissenschaftlichen Erkenntnisse über die Arbeit von klinischen Ethikberatungen vorliegen, wäre es an der Zeit, die Qualität ethischer Beratungen zu evaluieren. Kann deren Effizienz nachgewiesen werden, sind gesundheitliche Organisationen zu verpflichten, infrastrukturelle, organisatorische und personelle Ressourcen zur Verfügung zu stellen, um ethische Fallbesprechungen zu ermöglichen.

⁹²⁷ Vgl. Ausführungen unter Rz. 5.110 ff.

⁹²⁸ Vgl. Ausführungen unter Rz. 5.118 ff.

6. Teil: Eingriffe ohne medizinische Indikation an Minderjährigen

1. Kapitel: Übersicht und Fragestellung

Die ärztliche Tätigkeit ist darauf ausgerichtet, «menschliches Leben zu schützen, die Gesundheit zu fördern und zu erhalten, Krankheiten zu behandeln, Leiden zu lindern und Sterbenden beizustehen».⁹²⁹ Diese standesrechtlich vorgegebene Aufgabenstellung ist in spezifischen Bereichen der Medizin in den Hintergrund gerückt. Die Entwicklungen der Medizin machen es möglich, dass ärztliches Wissen auch eingesetzt wird, wenn nicht die Gesundheit des Patienten im Fokus der Behandlung steht. Zu denken ist an ärztliche Behandlungen, die ästhetische, religiöse oder soziokulturelle Bedürfnisse der Patienten befriedigen. Bei derartigen Behandlungen distanziert sich der Arzt von seinem Berufsethos, er wird zu einem Anbieter von Dienstleistungen in einem marktwirtschaftlichen Sinn. Sein Gegenüber ist nicht mehr der Patient, sondern sein Kunde. Die in diesem Kontext erbrachten ärztlichen Behandlungen sind medizinisch nicht indiziert.⁹³⁰ 6.1

Fehlt bei ärztlichen Behandlungen die Zielsetzung, den Gesundheitszustand von Minderjährigen zu verbessern, zu stabilisieren oder Leiden zu lindern, stellen sich aus rechtlicher Sicht verschiedene Probleme. Im Zentrum stehen Fragen zu den Grenzen der Fremd- und Selbstbestimmung bei nicht indizierten Eingriffen an Minderjährigen, weshalb nachfolgend zunächst die rechtlichen Rahmenbedingungen zu klären sind. 6.2

Zur Veranschaulichung der Thematik wird anschliessend auf zwei ärztliche Behandlungen eingegangen, die sich im Grenzbereich einer medizinischen Indikation bewegen. Es sind dies ästhetische Behandlungen und Operationen an Minderjährigen und geschlechtszuweisende Operationen im Kleinkindesalter. Bei diesen ärztlichen Eingriffen ergeben sich zusehends Fragen, die zu kontroversen Diskussionen über rechtliche Regulierungen und Beschränkungen führen. 6.3

⁹²⁹ Vgl. Art. 1 StaO FMH.

⁹³⁰ Zum Begriff der medizinischen Indikation vgl. Ausführungen unter Rz. 2.13.

2. Kapitel: Grenzen der Fremd- und Selbstbestimmung

I. Grenzen der Fremdbestimmung und absolute Höchstpersönlichkeit

- 6.4 Die Grenzen elterlichen Handelns bei gesundheitlichen Fragestellungen von Kindern wurden im zweiten Teil der Untersuchung erörtert.⁹³¹ Die in diesem Zusammenhang besprochenen Grenzkriterien wie die Urteilsfähigkeit, die Orientierung am Kindeswohl und die absolute Höchstpersönlichkeit gelangen auch für nicht indizierte Eingriffe an Minderjährigen zur Anwendung.⁹³² Wie erläutert wurde, entspricht eine medizinisch indizierte, lege artis durchgeführte Behandlung dem Wohl des Kindes. Da bei nicht indizierten Eingriffen eine medizinische Indikation gerade fehlt, stellt sich die Frage, ob eine solche Behandlung mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist. Des Weiteren wurde aufgezeigt, dass Eingriffe ohne medizinische Indikation in der Regel den absolut höchstpersönlichen Rechten zuzuordnen sind. Absolut höchstpersönliche Rechte sind der Vertretung nicht zugänglich. Daher sind Eltern grundsätzlich nicht berechtigt, in nicht indizierte Behandlungen ihres Kindes stellvertretend einzuwilligen.

II. Grenzen der Selbstbestimmung bei urteilsfähigen Minderjährigen

1. Sittlichkeit und Vernunft

- 6.5 Das Grundrecht der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV gewährleistet jedem Menschen das Recht, die wesentlichen Aspekte des Lebens selbst zu gestalten.⁹³³ Demnach hat jeder Mensch grundsätzlich das Recht frei darüber zu bestimmen, welche Veränderungen an seinem Körper vorgenommen werden dürfen. Auf ärztliche Behandlungen umgesetzt bedeutet dies, dass jede urteilsfähige Person nach umfassender Information und Aufklärung, frei darüber entscheiden darf, ob ein Eingriff durchgeführt oder von diesem abgesehen

⁹³¹ Vgl. Ausführungen unter Rz. 2.66 ff.

⁹³² Vgl. hierzu insbesondere die Kriterien zur Zuordnung in relativ- und absolut höchstpersönliche Rechte unter Rz. 2.152 ff.

⁹³³ Statt vieler und m.w.H. zum Grundrecht der persönlichen Freiheit: MÜLLER/SHEFER, 139 ff.

wird.⁹³⁴ Obwohl dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten in der Medizin ganz wesentliche Bedeutung zukommt, gilt dieses Recht nicht unbeschränkt. Die Grenzen der Einwilligungsmöglichkeit finden sich in spezialgesetzlichen Regelungen, im Strafrecht und in Anwendung der allgemeinen vertragsrechtlichen Prinzipien.⁹³⁵

So ist beispielsweise eine Transplantation von Geweben, Zellen oder Organen selbst auf Wunsch einer urteilsfähigen Person unzulässig, wenn dadurch ihr Leben oder ihre Gesundheit gefährdet wird.⁹³⁶ Des Weiteren ist die Einwilligung in die eigene Tötung unwirksam, weshalb unter Strafe gestellt wird, wer jemanden, selbst auf dessen ernsthaftes und eindringliches Verlangen hin, tötet (Art. 114 StGB). Ebenso ist ein ärztlicher Eingriff, der als schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB) einzustufen ist, nur zu rechtfertigen, wenn die Einwilligung im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen als sinnvoll anzusehen ist bzw. einen vernünftigen Zweck verfolgt.⁹³⁷ 6.6

Kontroverse Diskussionen zur Grenze der Selbstbestimmung ergeben sich auch in der Fortpflanzungsmedizin. Zu denken ist an vertragliche Abmachungen über alle Arten der Leihmutterschaft oder Abreden über eine Ei- und 6.7

⁹³⁴ RUMETSCH, Selbst- und Fremdbestimmungsrechte, 109, 111 ff.; SCHLATTER, 15, 74 ff.; WIEGAND, Aufklärungspflicht, 119, 121; MICHEL, Rechte von Kindern, 10 f.; MANAI, Droits du patient, 31 ff.; COTTIER, Geschlechtskörper, 87, 95.

⁹³⁵ RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 49 ff.; BELSER/RUMO-JUNGO, 555, 561; SCHLATTER, 82 f.

⁹³⁶ Vgl. Art. 12 TPG, weitere Grenzen bilden Art. 3 Sterilisationsgesetzes oder Art. 11 bis Art. 15 HFG.

⁹³⁷ ROTH/BERKEMEIER, BSK StGB, N 20 f. zu Vor. Art. 122 StGB; TAG, 669, 701 f.; MICHEL, Rechte von Kindern, 15 f.; für die Einwilligung in eine ärztliche Behandlung, die als einfache Körperverletzung (Art. 123 StGB) eingestuft wird, ist demgegenüber das Erfordernis des wohlverstandenen Interesses bzw. das Vorliegen eines vernünftigen Zwecks nicht vorausgesetzt. Vgl. dazu SEELMANN, Allgemeiner Teil, 50; STRATENWERTH, 230.

Embrionenspende.⁹³⁸ Nach dem Willen des Gesetzgebers sind Verträge, die gegen zwingendes Privatrecht oder öffentliches Recht (*Widerrechtlichkeit*)⁹³⁹ oder *gegen die guten Sitten*⁹⁴⁰ verstossen nichtig (Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR). In Anwendung dieser Bestimmungen auf das Beispiel eines Leihmutterchaftsvertrages oder eines Vertrages über eine Ei- oder Embrionenspende, zeigen sich die Grenzen der Vertragsfreiheit. Nach dem unmissverständlichen Wortlaut von Art. 4 FMedG und Art. 119 Abs. 2 lit. d BV ist ein Vertrag über derartige Leistungen widerrechtlich und damit nichtig.⁹⁴¹

- 6.8 Von persönlichkeitsrechtswidrigen Verträgen ist auszugehen, wenn sich eine Person in einem höchstpersönlichen Bereich (Kernbereich) bindet oder wenn die vertragliche Bindung übermässig ist.⁹⁴² Den Kernbereich treffen die vertragliche Verpflichtung zur Einnahme empfängnisverhütender Medikamente, die Verpflichtung Keimzellen abzugeben, sich als Leihmutter zur Verfügung zu stellen oder einer Religionsgemeinschaft beizutreten.⁹⁴³ Zum Kernbereich der Persönlichkeit zählt zudem das Recht des Patienten, auf eine erteilte

⁹³⁸ Bei Leihmutterchaftsverträgen stellen sich zudem heikle Fragen zur Anerkennung der Elternschaft. Vgl. dazu Urteil des Obergerichts Zürich (PQ140002) vom 21. Februar 2014 zur Beschwerde der Eltern gegen die Errichtung einer Vormundschaft für einen Knaben, der durch eine Leihmutter in den USA ausgetragen wurde. Ebenso Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen (B2013/158) vom 19. August 2014. Während das Verwaltungsgericht das Kindesverhältnis zu zwei Männern in eingetragener Partnerschaft (doppelte Vaterschaft) im Interesse des Kindes anerkannte, erachtete das Bundesgericht die Anerkennung der Vaterschaft des nicht genetischen Vaters als unzulässig. Nach Ansicht des Bundesgerichts kann lediglich der genetische Vater als Elternteil eingetragen und anerkannt werden, ansonsten das in der BV verankerte Verbot der Leihmutterchaft, verletzt wird (Urteil des BGer 5A_748/2014 vom 21. Mai 2015).

⁹³⁹ Der zwingende Charakter einer Norm ist durch Auslegung zu ermitteln. Vgl. HUGUENIN, BSK OR, N 20 zu Art. 19/20 OR.

⁹⁴⁰ Zum Begriff der Sittenwidrigkeit vgl. Ausführungen unter Rz. 6.8 f.

⁹⁴¹ Vgl. dazu auch BERTSCHI, 21, 28 f.; CREVOISIER, 290, 295 ff.; CHRISTENSEN, Schwangerschaft als Dienstleistung, Rz. 34; KRAMER, BK, N 212 zu Art. 19/20 OR.

⁹⁴² Vgl. dazu HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 11.12 ff., welche zum Kernbereich der Persönlichkeit die körperliche Bewegungsfreiheit, die physische und psychische Integrität oder die Intimsphäre zählen. Siehe auch HUGUENIN, Obligationenrecht, 129 ff.

⁹⁴³ HUGUENIN, BSK OR, N 43 ff. zu Art. 19/20 OR; SCHWENZER, Obligationenrecht, Rz. 32.22 f.; weitere Kasuistik zu dieser Fallgruppe: KRAMER, BK, N 212 f. zu Art. 19/20 OR; a.M. BERTSCHI, 21, 32 ff. Ihres Erachtens verstossen Verträge, die den Intimbereich einer Person treffen, nicht per se gegen das Persönlichkeitsrecht.

Einwilligung in eine medizinische Behandlung zurückzukommen. Vertragliche Abmachungen über den Verzicht auf dieses jederzeitige Widerrufsrecht sind daher unzulässig.⁹⁴⁴

Neben vorerwähnten Beispielen kann nicht allgemeingültig gesagt werden, wann die Grenze der Sittenwidrigkeit überschritten ist. Vielmehr bedarf es einer Beurteilung im Einzelfall. Bezugnehmend auf medizinische Eingriffe ohne medizinische Indikation, wie beispielsweise ästhetische Eingriffe, kann allerdings festgehalten werden, dass derartige Behandlungsverträge nicht per se sittenwidrig sind.⁹⁴⁵ 6.9

2. Zur Urteilsfähigkeit in nicht therapeutische Eingriffe

Urteilsfähige Kinder und Jugendliche haben das Recht, allein über einen medizinischen Eingriff zu entscheiden (Art. 19c Abs. 1 ZGB).⁹⁴⁶ Unabdingbare Voraussetzung für die beschriebene Selbstständigkeit ist die Einwilligung-, d.h. die Urteilsfähigkeit.⁹⁴⁷ Deren Abklärung hat umso sorgfältiger zu erfolgen, je schwerer und risikoreicher ein Eingriff ist.⁹⁴⁸ 6.10

Wie noch näher auszuführen ist, können medizinisch nicht indizierte Eingriffe, wie beispielsweise geschlechtszuweisende Operationen oder spezifische ästhetische Operationen, einschneidende irreversible und schwerwiegende Beeinträchtigungen der physischen und psychischen Integrität nach sich ziehen.⁹⁴⁹ Die Frage, ob sich Jugendliche der möglichen Risiken und langfristigen Folgen der erwähnten Eingriffe bewusst sind, verdient daher besondere Aufmerksamkeit. Gerade bei Kindern und Jugendlichen ist zu bedenken, dass diese oftmals noch eng in das Wertesystem ihrer nächsten Umgebung (Eltern, Freunde, etc.) eingebunden und daher in der Regel leicht beeinflussbar sind. Der Boom von Schönheitsoperationen beweist, dass es selbst 6.11

⁹⁴⁴ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 11.14 ff.

⁹⁴⁵ So auch SPICKHOFF, 11, 13 f.; RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 49 ff. mit Hinweisen zur deutschen Rechtsprechung zum Krankheitswert von Schönheitsmängeln. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts kommt Krankheitswert im Rechtssinne nicht jeder Unregelmässigkeit zu. Erforderlich ist vielmehr, dass der Betroffene körperlich beeinträchtigt ist oder eine Abweichung vom Regelfall entstellend wirkt.

⁹⁴⁶ Vgl. Ausführungen unter Rz. 2.16.

⁹⁴⁷ Zur Urteilsfähigkeit und deren Komponenten vgl. Rz. 2.19 ff.

⁹⁴⁸ ROTHÄRMEL ET AL., 87; SPRECHER FRANZISKA, Patientenrechte Urteilsunfähiger, 270, 277; zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz in sachlicher Hinsicht: HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 06.52 ff.; SPICKHOFF, 11, 15 ff. zu den Anforderungen einer rechtswirksamen Einwilligung bei den medizinisch nicht indizierten Behandlungen.

⁹⁴⁹ Zu den Risiken von geschlechtszuweisenden Operationen vgl. Ausführungen unter Rz. 6.68 ff.

für Erwachsene ein grosses Thema ist, sozialen oder gesellschaftlichen Erwartungshaltungen zu genügen.⁹⁵⁰ Mithin dürfte die Ausgangslage für Minderjährige nicht weniger verlockend sein, weshalb die Frage der Urteilsfähigkeit sorgfältig zu prüfen ist.⁹⁵¹

- 6.12 Kinder, die ein Erfahrungswissen in Bezug auf medizinische Behandlungen haben, verfügen in der Regel über eine ausgereifere Kompetenz, Behandlungsentscheide zu treffen, als Kinder denen dieses Erfahrungswissen fehlt.⁹⁵² Demgemäss ist die Urteilsfähigkeit bei Kindern oder Jugendlichen, die an einer chronischen Erkrankung leiden und schon mehrfache Eingriffe über sich ergehen lassen mussten, anders zu beurteilen als bei Minderjährigen, die erstmalig eine Behandlung durchführen lassen möchten. Das oftmals fehlende Erfahrungswissen bei medizinisch nicht indizierten Eingriffen spricht daher ebenso für eine entsprechende Zurückhaltung, Jugendliche als urteilsfähig zu bezeichnen.

3. Kapitel: Ästhetische Eingriffe an Minderjährigen

I. Ausgangslage

- 6.13 Um die Zulässigkeit von ästhetischen Eingriffen an Minderjährigen zu untersuchen, ist vorab zu klären, welche Behandlungen überhaupt der ästhetischen Chirurgie zuzuordnen sind. Alsdann werden die rechtlichen Rahmenbedingungen von ästhetischen Eingriffen an Minderjährigen in Österreich, Deutschland und der Schweiz dargelegt. Anschliessend wird der Frage nachgegangen, ob der Schutz von Kindern und Jugendlichen im Trend zur chirurgischen Veränderung des Körpers genügend gewährleistet ist und hinsichtlich welcher Punkte möglicherweise Handlungsbedarf besteht.

⁹⁵⁰ Vgl. Ausführungen unter Rz. 6.16.

⁹⁵¹ Konkret geht es um die Frage der Willensumsetzungsfähigkeit. Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.20.

⁹⁵² Vgl. Ausführungen unter Rz. 2.21.

II. Begriffsumschreibung und Charakterisierung

In medizinischen Fachkreisen wird die ästhetische Chirurgie dem Spezialgebiet der plastischen Chirurgie zugeordnet. Die plastische Chirurgie beschreibt einen übergeordneten medizinischen Fachbereich und umfasst die Untergruppen der ästhetischen Chirurgie, der rekonstruktiven Chirurgie, der Handchirurgie und der Verbrennungschirurgie.⁹⁵³ Ästhetische Behandlungen und Operationen dienen der Verbesserung bzw. der Verjüngung des äusseren Erscheinungsbildes.⁹⁵⁴ Die rekonstruktive Chirurgie wird notwendig, wenn Form und Funktion des Körpers nach einem Unfall oder einer Krebsoperation wiederhergestellt werden soll oder Geburtsgebrechen bzw. angeborene Fehlbildungen behandelt werden. Das Spezialgebiet der Verbrennungschirurgie konzentriert sich auf wiederherstellende Operationen nach Verbrühungen, Verbrennungen oder Verätzungen. Handchirurgische Eingriffe konzentrieren sich auf die Wiederherstellung der hochentwickelten Funktionen der Hand.⁹⁵⁵ 6.14

In der rekonstruktiven Chirurgie, der Handchirurgie und der Verbrennungschirurgie steht der Aspekt der Wiederherstellung im Vordergrund. Im Vergleich zur rein ästhetischen Chirurgie fliessen auch ästhetische Aspekte ein, diese stehen jedoch nicht im Zentrum der Behandlung. Wird ein Eingriff ausschliesslich aus ästhetischen Gründen durchgeführt, fehlt naheliegenderweise eine medizinische Indikation. 6.15

III. Zahlen und Fakten

Operative Eingriffe zur Verschönerung des Körpers liegen im Trend. Nicht nur in den USA, sondern auch in Deutschland und in der Schweiz lassen sich Frauen und zunehmend auch Männer ihr äusseres Erscheinungsbild durch ästhetische Operationen und Behandlungen verschönern.⁹⁵⁶ Die Palette der Eingriffe ist beeindruckend. Von der Brustvergrösserung (Mammaaugmentation), Brustverkleinerung (Mammareduktion) über Fettabsaugung (Liposuktion), 6.16

⁹⁵³ Deutsche Gesellschaft der plastischen, rekonstruktiven und ästhetischen Chirurgen (DGPRÄC), Die vier Säulen der plastischen Chirurgie, <<http://www.dgpraec.de/dgpraec/>> (zuletzt besucht am 30. November 2015); für einen Überblick vgl. auch LORZ, 46 f.

⁹⁵⁴ Für einen Überblick über die Möglichkeiten der ästhetischen Dermatologie vgl. HÄUSSERMANN, 43 f.; LORZ, 48.

⁹⁵⁵ Deutsche Gesellschaft der plastischen, rekonstruktiven und ästhetischen Chirurgen (DGPRÄC), Die vier Säulen der plastischen Chirurgie, <<http://www.dgpraec.de/dgpraec/>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁹⁵⁶ Zur zahlenmässigen Erfassung in Deutschland und Hinweisen auf Befragungen, wonach mittlerweile jeder dritte bis fünfte Patient, der sich in Deutschland einer Schönheitsoperation unterzieht, männlichen Geschlechts ist. Vgl. LORZ, 52 ff.; PELET, 311 ff.

Eigenfetttransfer (Lipofilling), Gefässmodellierung, Facelifting (Rhytidektomie), Nasenkorrektur (Rhinoplastik), Lidchirurgie, Stirnliftung, Korrektur abstehender Ohren (Othoplastik) bis hin zu Botox-Injektionen ist heute vieles möglich, um dem Trend des perfekten Körpers nachzueifern.⁹⁵⁷ Das Marktvolumen der Schönheitschirurgie in der Schweiz nimmt stetig zu und lag im Jahr 2013 bei CHF 500 Mio. und ca. 55'000 ästhetischen Eingriffen.⁹⁵⁸

- 6.17 Dem Schönheitswahn sind nicht nur Erwachsene verfallen, auch Minderjährige träumen vom perfekten Körper. In den USA ist es mittlerweile nicht mehr unüblich, dass Eltern ihren Töchtern zum Schulabschluss eine Brustoperation schenken. Sie argumentieren damit, dass dies «günstiger als ein Auto und besser als ein Füllfederhalter sei».⁹⁵⁹ Nach einer amerikanischen Studie aus dem Jahr 2003 wurden in den USA an über 300'000 Jugendlichen, die 18-jährig oder jünger waren, ästhetische Eingriffe durchgeführt.⁹⁶⁰ Neben pubertierenden Jugendlichen, sind zuweilen auch Eltern sehr daran interessiert, ästhetische Beeinträchtigungen bei ihren Kindern möglichst in frühen Kindheitsjahren «zu beheben» und ihnen ein Erscheinungsbild zu ermöglichen, welches mit ihren eigenen Schönheitsvorstellungen im Einklang steht.⁹⁶¹
- 6.18 Über ästhetische Eingriffe an Minderjährigen in Europa und der Schweiz liegen keine gesicherten Zahlen vor.⁹⁶² Nach einer Studie der Gruppe führender

⁹⁵⁷ Handelszeitung vom 13.12.2006, Schönheitschirurgie: «Immer mehr legen sich unters Messer», <<http://www.handelszeitung.ch/unternehmen/schoenheitschirurgie-immer-mehr-legen-sich-unters-messer>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁹⁵⁸ Tagesanzeiger vom 10. März 2014, Schönheits-OP-Weltmeister Schweiz, <<http://blog.tagesanzeiger.ch/datenblog/index.php/253/schoehnheitsoperationen-boomen>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁹⁵⁹ FOWLER/MOOR, 109 ff.

⁹⁶⁰ KELLY, 76 ff.

⁹⁶¹ Zu denken ist an die Korrektur von abstehenden Ohren, das Begradigen von Nasen, kieferorthopädische Behandlungen zur Behebung von Zahnfehlstellungen, die Entfernung von Muttermalen, hormonelle Behandlungen zur Beeinflussung des Wachstums etc.

⁹⁶² Statistiken zu Schönheitsoperationen an Minderjährigen sind kritisch zu hinterfragen, da es keine klare Abgrenzung zwischen einer Heilbehandlung und einem rein ästhetischen Eingriff gibt. Vgl. Ausführungen unter Rz. 6.21.

Spezialzentren für ästhetische Chirurgie in Europa (Acredis)⁹⁶³ aus dem Jahr 2013 ist für die nächsten Jahre mit einem überdurchschnittlichen Anstieg von ästhetischen Operationen an Jugendlichen unter 20 Jahren auszugehen.⁹⁶⁴

IV. Rechtliche Rahmenbedingungen in Deutschland und Österreich

1. Österreich

In Österreich ist am 1. Januar 2013 das Gesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen (ÄsthOpG) in Kraft getreten. Mit diesem Gesetz möchte man die Rahmenbedingungen für ästhetische Behandlungen und Operationen ohne medizinische Indikation näher definieren. Dadurch soll zum einen der Schutz und die Sicherheit von Patienten verbessert werden und zum anderen ein Beitrag zu einer einheitlichen Qualitätssicherung geleistet werden.⁹⁶⁵ Das Gesetz differenziert zwischen ästhetischen Behandlungen und ästhetischen Operationen.⁹⁶⁶ Ästhetische Operationen dürfen nur von bestimmten Fachärzten und Allgemeinmedizinerinnen mit gesonderter Bewilligung durchgeführt werden. Für alle nicht chirurgischen sowie die

6.19

⁹⁶³ Acredis bezeichnet sich als «erstes unabhängiges Beratungszentrum für plastische und ästhetische Chirurgie in Europa» und engagiert sich für Transparenz und Patientensicherheit in der Medizin. Ästhetische Chirurgen haben die Möglichkeit, sich bei Acredis zertifizieren zu lassen. Hierfür müssen sie einen Facharzttitel vorweisen und den Beweis erbringen, dass sie diejenigen Operationen, die sie anbieten, überdurchschnittlich oft durchführen und sich ständig weiterbilden. Des Weiteren haben sie zu belegen, dass 95% ihrer Patienten mit der Operation zufrieden sind und sie die Patienten umfassend aufklären. Können die gestellten Anforderungen erfüllt werden, verleiht Acredis eine Art Gütesiegel. Vgl. dazu Tagesanzeiger vom 1. Oktober 2014, Wildwuchs in der Schönheitschirurgie, <<http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/stadt/Wildwuchs-in-der-Schoenheitschirurgie/story/12681558>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁹⁶⁴ Tagesanzeiger vom 10. März 2014, Schönheits-OP-Weltmeister Schweiz, <<http://blog.tagesanzeiger.ch/datenblog/index.php/253/schoehnheitsoperationen-boomen>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁹⁶⁵ § 1 ÄsthOpG; m.w.H. HOLZGRUBER, Ästhetische Behandlungen und Operationen, I ff.

⁹⁶⁶ Die Begriffe der ästhetischen Operation und ästhetischen Behandlung beinhalten das Fehlen einer medizinischen Indikation. Liegt eine ebensolche vor, ist das ÄsthOpG nicht anwendbar. Vgl. § 3 Abs. 1 Ziff. 1 bis 4 ÄsthOpG. Das Tätowieren und Piercen fällt explizit nicht unter das ÄsthOpG (§ 3 Abs. 2 ÄsthOpG).

minimal-invasiven Eingriffe, wie die Botulinum-Toxin Injektionen, ist keine Facharztqualifikation vorgeschrieben.⁹⁶⁷

- 6.20 Die zu erfüllenden Anforderungen der ärztlichen Aufklärung, Beratung und Dokumentation werden im Gesetz detailliert umschrieben.⁹⁶⁸ So ist beispielsweise zwischen der Aufklärung und Beratung und der schriftlichen Einwilligung eine zweiwöchige Wartezeit einzuhalten.⁹⁶⁹ Ästhetische Behandlungen oder Operationen an Personen, die das 16. Altersjahr noch nicht vollendet haben, sind unzulässig.⁹⁷⁰ Zwischen dem 16. und dem 18. Altersjahr dürfen ästhetische Behandlungen nur durchgeführt werden, wenn die schriftliche Einwilligung des/der Erziehungsberechtigten und des betreffenden Patienten vorliegen. Des Weiteren hat «vor Durchführung eines ästhetischen Eingriffs nachweislich eine Abklärung allfälliger psychischer Störungen einschliesslich Beratung durch eine klinische Psychologin (...) oder eine Fachärztin für Kinder- und Jugendpsychiatrie zu erfolgen. Das Vorliegen einer krankheitswerten psychischen Störung schliesst die Durchführung des Eingriffs aus, sofern im Rahmen der erfolgten Abklärung festgestellt wurde, dass der Wunsch nach dem Eingriff Folge dieser Störung ist.»⁹⁷¹

2. Deutschland

A) Politische Diskussion

- 6.21 In Deutschland wurde schon mehrmals über ein Verbot von ästhetischen Eingriffen an Minderjährigen debattiert. Umgesetzt wurde dieses Vorhaben bislang nicht.⁹⁷² Beim letzten Versuch im Jahr 2013 wollte man das Verbot von ästhetischen Eingriffen an Minderjährigen in einem neu zu schaffenden Präventionsgesetz unter dem Oberbegriff des Jugendschutzes verankern. Auch dieses Vorhaben konnte nicht umgesetzt werden.⁹⁷³ Neben politischen Gründen, führte auch die kritische Haltung von Fachärzten der ästhetischen Chirurgie sowie des Fachverbandes der Deutschen Gesellschaft der plastischen, rekonstruktiven und ästhetischen Chirurgen (DGPRÄC) zum Scheitern des

⁹⁶⁷ § 4 ÄsthOpG.

⁹⁶⁸ § 5 ÄsthOpG, das Gesetz erwähnt in einem detaillierten Katalog sämtliche Punkte über die ein Arzt mündlich und schriftlich aufzuklären hat.

⁹⁶⁹ § 6 ÄsthOpG.

⁹⁷⁰ § 7 Abs. 1 ÄsthOpG.

⁹⁷¹ § 7 Abs. 2 ÄsthOpG.

⁹⁷² Für einen Überblick über die Bemühungen CDU/CSU und SPD im Jahre 2007 vgl. ZAHN, 111.

⁹⁷³ GIESEKE, Schönheitsoperationen für Minderjährige, 1 ff.

Gesetzes.⁹⁷⁴ Der ärztliche Fachverband warf den Befürwortern des Gesetzes vor, von falschen Erhebungen auszugehen. Ästhetische Eingriffe an Minderjährigen seien selten. Die immer wieder erwähnte Erhebung aus dem Jahr 2004, wonach 10% der Schönheitsoperationen an Minderjährigen durchgeführt worden seien, beruhe auf einer Fehlbeurteilung. Die Studie habe sich nicht nur auf rein ästhetische Operationen, sondern auf sämtliche plastisch-chirurgische und wiederherstellende Operationen an Minderjährigen bezogen.⁹⁷⁵ Laut jüngsten Erhebungen aus den Jahren 2011 und 2013 seien lediglich in 1.16% bzw. 0.9% der Fälle ästhetisch chirurgische Eingriffe an Patienten unter 18 Jahren durchgeführt worden. Insofern werde mit dem Verbot von ästhetischen Eingriffen an Minderjährigen eine Lösung für ein Problem gesucht, das gar nicht existiere.⁹⁷⁶

B) Standesethische Stellungnahme

Die zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer hat sich in der Stellungnahme «Ärztliche Behandlungen ohne Krankheitsbezug unter besonderer Berücksichtigung der ästhetischen Chirurgie» mit der Frage auseinandergesetzt, wie Ärzte auf Entwicklungen der Medizin, die keinen eindeutigen Bezug zu Krankheit oder Gesundheit aufweisen, reagieren sollten.⁹⁷⁷ Die zentrale Ethikkommission appelliert in der Stellungnahme an das Verantwortungsbewusstsein der Ärzteschaft und das Einhalten von Qualitätsstandards. Im Übrigen verlangt sie Folgendes: Bei ärztlichen Leistungen ohne medizinische Indikation ist der Beratung und dem Aufzeigen von Alternativen grosse Bedeutung zuzumessen. Der Arzt darf keine Behandlung empfehlen oder durchführen von der er annehmen muss, dass sich die Bedürfnisse der Patienten langfristig gesehen nicht verwirklichen lassen. In der ärztlichen Aufklärung sind neben den üblichen Aspekten zu einem wesentlichen Teil die Risiken sowie die zu erwartenden Neben- und Spätfolgen der Behandlung zu thematisieren. 6.22

⁹⁷⁴ Springer Medizin, Endstation Bundesrat, Präventionsgesetz wieder gescheitert, <<http://www.springermedizin.de/praeventionsgesetz-wieder-gescheitert/4641340.html>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁹⁷⁵ Spiegel online Gesundheit vom 2. Dezember 2013, Jugendschutz, Koalitionspartner gegen Schönheits-OPs bei Minderjährigen, <<http://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/schoenheits-op-cdu-und-spd-wollen-ops-bei-minderjaehrigen-verbieten-a-936680.html>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁹⁷⁶ GIESEKE, Schönheitsoperationen für Minderjährige, 1 ff.

⁹⁷⁷ Bundesärztekammer, Zentrale Ethikkommission, Stellungnahme ästhetische Chirurgie, 2000 ff.

- 6.23 Des Weiteren darf die Tätigkeit des Arztes nicht primär auf kommerzielle Interessen ausgerichtet sein.⁹⁷⁸ Der Patient muss darauf vertrauen können, dass sich die Bemühungen des Arztes am Wohl des Patienten orientieren. Ärztliche und medizinethische Standards müssen auch bei Behandlungen ohne medizinische Indikation eingehalten werden. Zur Vermeidung staatlicher Eingriffe sind ärztliche Fachgesellschaften und Verbände aufgefordert, Qualitätsstandards und Verhaltenskodexe zu entwickeln.

V. Die Rechtslage in der Schweiz

1. Rückgriff auf allgemeine Grundlagen

- 6.24 Im Gegensatz zu Österreich, gibt es in der Schweiz kein ärztliches Sonderberufsrecht zum Umgang mit ästhetischen Operationen ohne medizinische Indikation. Ebenso fehlen, anders als in Deutschland, spezifische standesethische Richtlinien. Bei Fragestellungen zu ästhetischen Eingriffen an Minderjährigen sind daher die allgemeinen Rechtsgrundlagen für medizinische Eingriffe an Minderjährigen heranzuziehen. Ist ein ärztlicher Eingriff medizinisch indiziert, sind entweder der urteilsfähige Minderjährige oder beim urteilsunfähigen Kind stellvertretend die Eltern einwilligungsberechtigt. Erfolgt ein ärztlicher Eingriff demgegenüber aus rein ästhetischen Gründen ist das Recht zur Einwilligung in die Behandlung als ein absolut höchstpersönliches Recht einzustufen, weshalb lediglich die betroffene, urteilsfähige Person selbst darüber entscheiden kann.⁹⁷⁹
- 6.25 Nachfolgend werden zwei Einzelaspekte aufgegriffen, die im Zusammenhang mit ästhetischen Eingriffen an Minderjährigen aus rechtlicher Sicht wiederholt Fragen aufwerfen. Dies ist zum einen die Differenzierung zwischen rein ästhetischen und medizinisch indizierten Eingriffen und zum anderen die Rechtsstellung des Arztes bei ästhetischen Eingriffen an Minderjährigen.

⁹⁷⁸ Bundesärztekammer, Zentrale Ethikkommission, Stellungnahme ästhetische Chirurgie, 2000 ff.

⁹⁷⁹ Ziel des ärztlichen Eingriffes ist nicht die Heilung des Patienten, sondern dessen Wunscherfüllung bzw. die Wunscherfüllung des gesetzlichen Vertreters. Insofern fehlt bei einem vorerwähnten Eingriff an einem urteilsunfähigen Minderjährigen die Orientierung am Wohl des Kindes, wodurch die Grenze des elterlichen Vertretungsrechts erreicht wird. Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.16 und Rz. 2.151 ff.; zur wunscherfüllenden Medizin vgl. auch: MENNEMEYER, 47 f.; RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 81 ff.

A) Hilfskriterien zur Differenzierung zwischen reiner Ästhetik und medizinischer Indikation

Die Abgrenzung zwischen rein ästhetischen Eingriffen und Eingriffen, die einen gesundheitlichen Nutzen aufweisen, ist in der Praxis oftmals schwierig.⁹⁸⁰ Diese Frage stellt sich beispielsweise, wenn bei Kindern angeborene, schwach ausgeprägte Fehl- oder Missbildungen mit geringer gesundheitlicher Beeinträchtigung operiert werden. Nachfolgend soll daher versucht werden, Abgrenzungskriterien zu skizzieren, die für das Vorliegen einer medizinischen Indikation sprechen. 6.26

a) Aspekt der Wiederherstellung

Mit Ausnahme der ästhetischen Chirurgie ist in den übrigen, der plastischen Chirurgie zugeordneten Spezialgebieten (rekonstruktive Chirurgie, Verbrennungschirurgie und Handchirurgie) das Kriterium der Wiederherstellung von wesentlicher Bedeutung.⁹⁸¹ Die wiederherstellenden Eingriffe werden oftmals nach einem bestimmten Ereignis, wie einem Unfall oder einer Krebsbehandlung durchgeführt. Die rekonstruktive Chirurgie wird eingesetzt, um deformierende, entstellende und/oder funktionsbeeinträchtigende Narben insbesondere im Gesicht, an den Händen oder Gelenken zu behandeln.⁹⁸² Mit diesen Eingriffen sollen körperliche und die oftmals damit verbundenen psychischen Beeinträchtigungen und Belastungen vermindert oder behoben werden. Bei derartigen, durch ein bestimmtes Ereignis herbeigeführten Beeinträchtigungen, verfolgt die ärztliche Behandlung den Aspekt der Wiederherstellung, wodurch sich ein gesundheitlicher Nutzen nachweisen lässt.⁹⁸³ Daher kann nicht von einem rein ästhetischen Eingriff gesprochen werden. Davon ist umso mehr auszugehen, wenn neben der ästhetischen Beeinträchtigung auch eine Funktionsbeeinträchtigung, wie beispielsweise eine Einschränkung der Beweglichkeit eines Gelenkes oder der Mimik vorhanden ist. 6.27

b) Leistungsübernahme durch Sozialversicherungen

Nach Art. 10 Abs. 1 UVG hat die versicherte Person Anspruch auf eine zweckmässige Behandlung der Unfallfolgen. Die Heilbehandlungen (sowie auch 6.28

⁹⁸⁰ Sie ist jedoch unvermeidlich zur Beurteilung der Vertretungsrechte und zur Bestimmung der Leistungspflicht von Krankenpflege- und Invalidenversicherung. Vgl. dazu PELET, 311, 312 f.; EBERBACH, 16 f.; BELSER/RUMO-JUNGO, 555, 559 ff.; LORZ, 38 f.

⁹⁸¹ Vgl. Ausführungen unter Rz. 6.14 f.

⁹⁸² Schweizerische Gesellschaft für plastische, rekonstruktive und ästhetische Chirurgie (SGPRAC), Das Fachgebiet, <<http://plasticsurgery.ch/>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

⁹⁸³ So auch Bundesärztekammer, Zentrale Ethikkommission, Stellungnahme ästhetische Chirurgie, 2000, 2001.

das Taggeld) sind so lange zu gewähren, bis eine namhafte Verbesserung des Gesundheitszustandes erwartet werden darf.⁹⁸⁴

- 6.29 Die Invalidenversicherung übernimmt medizinische Massnahmen bei Geburtsgebrechen,⁹⁸⁵ die darauf ausgerichtet sind, die gesundheitliche Situation des Kindes zu verbessern (Art. 13 IVG).⁹⁸⁶ Daneben trägt die Krankenversicherung spezifische Leistungen zur Behandlung von Geburtsgebrechen, die nicht durch die Invalidenversicherung gedeckt sind (Art. 27 KVG). Leistungsvoraussetzung für die Krankenversicherung sowie auch die medizinischen Massnahmen im Rahmen von Art. 13 IVG sind die Kriterien Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit (sog. WZW-Kriterien).⁹⁸⁷ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird von der Wirksamkeit einer Leistung ausgegangen, wenn diese objektiv geeignet ist, auf die Wiederherstellung bzw. Verbesserung des Gesundheitszustandes hinzuwirken.⁹⁸⁸ Das Erfordernis der Zweckmässigkeit verlangt eine konkrete Therapieeignung im Einzelfall.⁹⁸⁹ Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit beinhaltet, die Leistungen auf das Mass zu beschränken, die für den Behandlungszweck erforderlich sind. Wo gleichzeitig mehrere Massnahmen

⁹⁸⁴ Ob eine namhafte Besserung noch möglich ist, bestimmt sich insbesondere nach Massgabe der zu erwartenden Steigerung oder Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit, soweit diese unfallbedingt beeinträchtigt ist. Vgl. Urteil des BGer 8C_170/2015 vom 29. September 2015 E. 4.1; Urteil des BGer 8C_888/2013 vom 2. Mai 2014 E. 4.1; BGE 134 V 109 E. 4.3.

⁹⁸⁵ Als Geburtsgebrechen gelten diejenigen Krankheiten, die bei vollendeter Geburt bestehen (Art. 3 Abs. 2 ATSG).

⁹⁸⁶ Art. 13 Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 GgV mit Verweis auf Anhang GgV (Liste der Geburtsgebrechen).

⁹⁸⁷ Art. 24 KVG i.V.m. Art. 32 Abs. 1 KVG; medizinischen Massnahmen nach Art. 12 IVG und Art. 13 IVG müssen «nach bewährter Erkenntnis der medizinischen Wissenschaft angezeigt sein und den Eingliederungserfolg in einfacher und zweckmässiger Weise anstreben». Zur näheren Umschreibung der medizinischen Massnahmen vgl. Art. 2 Abs. 1 IVV, resp. Art. 2 Abs. 3 GgV. Das Bundesgericht orientiert sich bei der Auslegung der medizinischen Massnahmen nach Art. 2 Abs. 1 IVV an den WZW-Kriterien der Krankenversicherung nach Art. 32 KVG. Vgl. dazu BGE 115 V 191 E. 4; 114 V 22 E. 1. In beiden Entscheiden wurde für den Begriff der Wirksamkeit der altrechtliche Begriff der Wissenschaftlichkeit verwendet.

⁹⁸⁸ Im Übrigen muss die Wirksamkeit der Massnahme wissenschaftlich nachgewiesen sein: BGE 133 V 115 E. 3; 130 V 299 E. 6.1 ff.; 128 V 159 E. 5c.

⁹⁸⁹ Vgl. dazu BGE 137 V 295 E. 6.2; 130 V 299 E. 6.1; 129 V 32 E. 4.1.

wirksam und zweckmässig sind, wird nur die kostengünstigere getragen.⁹⁹⁰

Vereinfacht gesagt werden medizinische Massnahmen bei Geburtsgebrechen durch die Invaliden- oder Krankenversicherung übernommen, wenn die medizinische Massnahme darauf fokussiert und geeignet ist, die gesundheitliche Situation des betroffenen Kindes/Jugendlichen zu verbessern. Aus der Leistungsübernahme durch die Invaliden- oder Krankenversicherung darf daher abgeleitet werden, dass es für den fraglichen Eingriff eine medizinische Indikation gibt. Insofern ist die Einwilligung in eine derartige Behandlung den relativ höchstpersönlichen Rechten zuzuordnen und daher einer Vertretung durch die Eltern zugänglich. 6.30

Wird eine medizinische Massnahme zur Behandlung eines Geburtsgebrechens weder von der Invaliden- noch von der Krankenversicherung übernommen, lässt sich im Umkehrschluss allerdings nicht auf eine rein ästhetische Behandlung schliessen.⁹⁹¹ Die jüngsten Entwicklungen im Zusammenhang mit der Sanierung der Invalidenversicherung führen dazu, dass Leistungsübernahmen für medizinische Massnahmen bei Geburtsgebrechen in gewissen Fällen gekürzt bzw. gestrichen werden. Wie sich zeigt, verfügt die Invalidenversicherung nicht über die finanziellen Ressourcen, um die heutigen Behandlungsmöglichkeiten von Geburtsgebrechen vollumfänglich zu finanzieren. Daher bestehen starke 6.31

⁹⁹⁰ Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit verlangt insbesondere im Bereich der medizinischen Massnahmen nach Art. 13 IVG ein vernünftiges Verhältnis zwischen den Kosten und dem Eingliederungs- resp. therapeutischem Nutzen. Vgl. dazu BGE 129 V 80 E. 6.2.3 zur Wirtschaftlichkeit einer Zahnersatzbehandlung bei einem Geburtsgebrechen; im Übrigen zur Wirtschaftlichkeit BGE 137 V 295 E. 6.3; 136 V 395 E. 7.4; 130 V 532 E. 3.2 f.; zum Umfang der Leistungspflicht bei Neu- und Frühgeborenen vgl. SCHLATTER, 143 ff.

⁹⁹¹ Eine Leistungsverweigerung kann sich ergeben, wenn Krankheitsbilder, die von der Invaliden- oder Krankenversicherung zwar als Geburtsgebrechen bezeichnet werden, im Einzelfall jedoch nicht zwingend behandlungsbedürftig sind. Hierzu zählen beispielsweise die Entfernung gutartiger Muttermale, die Behandlung schwach ausgeprägter Feuermale oder Hämangiome oder die «Behebung» eine Trichter- oder Hühnerbrust, die keine Einschränkung der Lunge oder des Herzens zur Folge hat. Zur Leistungsübernahme der operativen Behandlung einer Trichterbrust aus vorwiegend psychologischen Gründen Vgl. Urteil des BGer I 693/02 vom 10. Februar 2003 E. 3.2 f.

Bestrebungen, die Kosten für die zu erbringenden Leistungen bei Geburtsgebrechen zu senken bzw. gewisse Leistungen gänzlich abzulehnen.⁹⁹²

- 6.32 Um auf die einleitende Frage zur Differenzierung zwischen rein ästhetischen und medizinisch indizierten Eingriffen zurückzukommen, kann Folgendes gesagt werden: Werden die Leistungen einer medizinischen Behandlung von der Invaliden-, Kranken- oder Unfallversicherung übernommen, ist davon auszugehen, dass die Behandlung medizinisch indiziert ist. Umgekehrt lässt sich allerdings aus der fehlenden Leistungsübernahme nicht ableiten, dass es um eine rein ästhetische Behandlung geht. Leistungsverweigerungen durch die Invaliden-, Kranken- oder Unfallversicherung sind auch bei Vorliegen einer gesundheitlichen Beeinträchtigung möglich.⁹⁹³ Die fehlende Leistungsübernahme kann daher nicht als trennscharfes Unterscheidungskriterium zwischen rein ästhetischen und medizinisch indizierten Eingriffen zur Differenzierung der Vertretungsrechte herangezogen werden.⁹⁹⁴

c) Unaufschiebbarkeit

- 6.33 Lässt sich eine Operation oder Behandlung ohne gesundheitliche Nachteile aufschieben, bis das betroffene Kind selbst darüber zu entscheiden vermag, liegt ein gewichtiges Argument vor, die Behandlung den rein ästhetischen Eingriffen zuzuordnen.
- 6.34 In der Praxis führt das Kriterium der Aufschiebbarkeit zu schwierigen Abgrenzungsfragen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn Beeinträchtigungen des psychischen Wohlbefindens als Grund für eine Behandlungsindikation geltend gemacht werden.⁹⁹⁵ Letztlich kann nur im Einzelfall beurteilt werden, ob ein Aufschieben einer korrigierenden Operation zumutbar ist, oder ob dies zu einer unvertretbaren Beeinträchtigung des psychischen Wohlbefindens des

⁹⁹² Beispielsweise wurden angeborene Missbildungen des Ohrmuschelskeletts aus der Liste der GgV gestrichen. Vgl. dazu Urteil des BGer I 457/03 vom 11. November 2003 E. 4; m.w.H. zur Anpassung der Liste der GgV Bundesamt für Sozialversicherung, Faktenblatt, IV-Revision 6a; Bericht des Bundesamtes für Sozialversicherungen, Medizinische Massnahmen in der Invaliden- und Krankenversicherung, 5 ff.

⁹⁹³ «Ästhetische Mängel sind IV-rechtlich nur relevant, wenn sie so schwerwiegend sind, dass mit einer effektiven oder wesentlichen Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit im Berufsleben bzw. im Aufgabenbereich gerechnet werden kann.» Vgl. Urteil des BGer 9C 783/2010 vom 21. Februar 2011 E. 4.3; Urteil des BGer I 457/03 vom 11. November 2003 E. 5.1; Urteil des BGer I 693/02 vom 10. Februar 2002 E. 3 f.; zum Krankheitswert von ästhetischen Mängeln vgl. Urteil des BGer 9C_126/2008 vom 30. Oktober 2008 E. 4.3.1; sowie Urteil des BGer K 135/04 vom 17. Januar 2006 E. 2.3.

⁹⁹⁴ So auch BELSER/RUMO-JUNGO, 555, 568 ff.

⁹⁹⁵ Vgl. dazu auch DAMM, 641, 645; LORZ, 39 f.

betroffenen Minderjährigen führt. Die Beantwortung dieser Frage ist nicht zuletzt auch abhängig von der Berücksichtigung gesellschaftlicher Wertvorstellungen und der gesellschaftlichen Akzeptanz, worauf sogleich einzugehen ist.

d) Gesellschaftliche Akzeptanz

Der heutige Stellenwert der Ästhetik und die damit verbundene Toleranzschwelle in der Gesellschaft verdeutlicht sich am Beispiel der kieferorthopädischen Zahnmedizin bei Minderjährigen. 6.35

In der klassischen Zahnmedizin ging es sowohl bei Erwachsenen als auch bei Kindern primär um die Behandlung kranker Zähne oder Zahnschäden zur Wiederherstellung der Funktion des Gebisses. Die Ästhetik war im Vergleich dazu von untergeordneter Bedeutung.⁹⁹⁶ Die heutige Zahnmedizin bei Kindern beschäftigt sich zu einem wesentlichen Teil mit gesunden Zähnen, die in die richtige Form gebracht werden sollen. Korrekturen von Zahnfehlstellungen sind primär ästhetisch motiviert. Von einer medizinischen Indikation könnte beispielsweise dann ausgegangen werden, wenn die kieferorthopädische Behandlung in Zusammenhang mit einem Geburtsgebrechen wie einer Lippen-, Kiefer- oder Gaumenspalte steht.⁹⁹⁷ Fehlt demgegenüber eine medizinische Indikation, könnte bei konsequenter Anwendung der Vorgabe, wonach ästhetisch indizierte Behandlungen der Vertretung der Eltern nicht zugänglich sind, die Mehrzahl der kieferorthopädischen Behandlungen bei Kindern nicht durchgeführt werden. Dieses Ergebnis ist stossend und gleichzeitig realitätsfremd. Das elterliche Vertretungsrecht ist bei rein ästhetisch motivierten, kieferorthopädischen Behandlungen gesellschaftlich akzeptiert. Bei einer stark ausgeprägten Zahnfehlstellung mit entstellender Wirkung auf das Erscheinungsbild des Kindes, kann sich heute im Einzelfall sogar die Frage stellen, ob die Eltern nicht nur berechtigt, sondern geradezu verpflichtet sind, ihr Kind kieferorthopädisch behandeln zu lassen. 6.36

Wird das Kriterium der gesellschaftlichen Akzeptanz zur Abgrenzung zwischen medizinisch und ästhetisch motivierten Eingriffen mitberücksichtigt, führt dies dazu, dass ergebnisorientiert beurteilt wird, wann Äusserlichkeiten zu Beeinträchtigungen werden, die elterliches Vorgehen legitimieren. Je mehr beschriebene Behandlungen im Grenzbereich «toleriert» werden und Eltern dadurch als berechtigt angesehen werden, derartige Behandlungen zu fordern, desto eher entwickelt sich eine Praxis, die zu neuen Normen und damit zu einer 6.37

⁹⁹⁶ MAIO, 47 ff.; GROSS, Wunscherfüllende Zahnmedizin, 103 ff.

⁹⁹⁷ Art. 19a Abs. 1 lit. b und Abs. 2 Ziff. 13 KLV.

erweiterten Toleranz gegenüber ästhetischen Eingriffen bei Minderjährigen führt.⁹⁹⁸

B) Zusammenfassung und Schlussfolgerung

- 6.38 Ärztliche Eingriffe der plastischen Chirurgie, die den Fokus der «Wiederherstellung» verfolgen, geben Anhaltspunkte für das Vorliegen einer medizinischen Indikation. Ziel derartiger Behandlungen ist eine Verbesserung, Linderung oder Behebung eines Zustandes, der durch ein bestimmtes Ereignis eingetreten ist. Bei Behandlungen aus vorwiegend ästhetischen Gründen geht es demgegenüber zu einem wesentlichen Teil um die Erlangung positiver Aufmerksamkeit, was gegen eine medizinische Indikation spricht.⁹⁹⁹ Eine Leistungsübernahme durch die Kranken-, Unfall- oder Invalidenversicherung spricht für das Vorliegen einer medizinischen Indikation. Dies bedeutet im Gegenzug allerdings nicht, dass bei einer Leistungsverweigerung durch die erwähnten Sozialversicherungen von einem rein ästhetischen Eingriff auszugehen ist. Lässt sich eine Behandlung bis zur Einwilligungsfähigkeit eines Minderjährigen aufschieben, fehlt in der Regel eine medizinische Indikation. Schwierige Abgrenzungsfragen ergeben sich, wenn psychische Störungen als Grund für eine Behandlungsindikation genannt werden. In welchen Situationen es für ein betroffenes Kind unzumutbar und unvertretbar ist mit einer Behandlung zuzuwarten und wann es Eltern verwehrt werden soll, über ästhetische Eingriffe bei ihren Kindern zu entscheiden, bedarf einer sorgfältigen Abklärung. Die Gesellschaft setzt immer wieder neue Maßstäbe. Je mehr beschriebene Behandlungen, bei denen eine medizinische Indikation fraglich ist, als legitim und der Vertretung zugänglich angesehen werden, desto eher werden Abweichungen von der «Normalität» als auffällig und psychisch belastend eingestuft. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich, die beschriebene Entwicklung kritisch zu beobachten, zu hinterfragen und verantwortungsvolle Maßstäbe zu setzen.

⁹⁹⁸ Vgl. dazu auch Bundesärztekammer, Zentrale Ethikkommission, Stellungnahme ästhetische Chirurgie, 2000, 2003.

⁹⁹⁹ Zu kompensatorischen bzw. nicht kompensatorischen Behandlungen vgl. auch Bundesärztekammer, Zentrale Ethikkommission, Stellungnahme ästhetische Chirurgie, 2000 ff.

2. Ästhetische Operationen an Minderjährigen und die Rechtsstellung des Arztes

A) Aufklärung und Einwilligung

a) Grundsätzliches¹⁰⁰⁰

Die Resultate von ästhetischen Eingriffen überzeugen nicht immer.¹⁰⁰¹ Obwohl statistische Angaben zu Schadensfällen in der ästhetischen Chirurgie fehlen, sind die Haftungsrisiken des Arztes bei schuldhafter Pflichtverletzung erheblich.¹⁰⁰² 6.39

Wie im übrigen Arzt Haftungsrecht, gibt es auch in der ästhetischen Chirurgie zwei mögliche Ansatzpunkte für eine Haftung. Zum einen handelt es sich um Fehler in der Behandlung und zum anderen um Fehler in der Aufklärung des Patienten. Kommt es durch eine ästhetische Behandlung zu Komplikationen und misslingt dem behandelnden Arzt der Beweis, dass er den Patienten umfassend aufgeklärt hat, ist er vollumfänglich zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Dies gilt selbst dann, wenn ihm kein Behandlungsfehler unterlaufen ist.¹⁰⁰³ 6.40

Der Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht richtet sich, wie in den übrigen Fachbereichen der Medizin, nach der Art des Eingriffes sowie dem Informationsstand des Patienten. Als Orientierung dient der Grundsatz, wonach der Patient das Wesen, die Bedeutung und Tragweite der Behandlung erfassen und die Risiken- und Nebenwirkungen der Behandlung verstehen und eine selbstbestimmte Entscheidung fällen können sollte.¹⁰⁰⁴ Dem behandelnden Arzt 6.41

¹⁰⁰⁰ Auf die kontrovers geführte Diskussion der Zuordnung des ärztlichen Behandlungsvertrages des Schönheitschirurgen zum Werkvertrag wird vorliegend nicht eingegangen. Vgl. hierfür PELET, 311 ff.

¹⁰⁰¹ PALLUA/VEDECNIK, 102 ff. mit Hinweis darauf, dass sich Kunstfehlerprozesse in der ästhetischen Chirurgie seit den 1980er Jahren verdreifacht haben. Siehe auch Aargauer Zeitung vom 1. März 2013, «Immer mehr Patienten verklagen ihren Arzt»; DAMM, 641, 646; Sonntags Zeitung vom 23. Oktober 2011, «Versicherer strafen Schönheitschirurgen».

¹⁰⁰² Unter den ersatzfähigen Schaden können die Kosten für Nachfolgeoperationen, der wirtschaftliche Nachteil für ein erschwertes berufliches Fortkommen oder auch Zahlungen für immaterielle Unbill fallen. Zum Schaden bei Körperverletzung nach Art. 46 OR vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 191 ff. zu § 2; LORZ, 208 ff.

¹⁰⁰³ Zur Beweislast der ärztlichen Aufklärung siehe Urteil des BGer 1P.71/2007 vom 12. Juli 2007 E. 3.1; zur ärztlichen Haftpflicht ohne Behandlungsfehler vgl. Urteil des BGer 4C.366/2006 vom 9. Februar 2007 E. 4; BGE 117 Ib 179 E. 2; 114 Ia 350 E. 6; 108 II 59 E. 2; siehe auch FELLMANN, Aufklärung von Patienten, 171, 172 ff.; FELLMANN, Haftung des Arztes, 1935, 1960.

¹⁰⁰⁴ Zum Umfang der ärztlichen Aufklärung vgl. Ausführungen unter Rz. 5.110 ff.

obliegt daher die Pflicht, das individuelle Informationsbedürfnis des betreffenden Patienten bzw. des gesetzlichen Stellvertreters zu erörtern und seine Aufklärung danach auszurichten. Bei medizinisch nicht indizierten Eingriffen sowie auch bei Eingriffen, die ein erhöhtes Risiko mit sich bringen wird grundsätzlich von einem erhöhten Aufklärungsbedürfnis des Patienten ausgegangen.¹⁰⁰⁵

- 6.42 Nach dem Gesagten und in Berücksichtigung der einleitend angesprochenen hohen Haftungsrisiken, sind die ärztlichen Aufklärungspflichten in der ästhetischen Medizin, verglichen mit anderen Fachbereichen der Medizin von besonderer Bedeutung. Da rein ästhetische Eingriffe in der Regel weder von der Krankenversicherung noch von der Invaliden- oder Unfallversicherung übernommen werden,¹⁰⁰⁶ ist des Weiteren eine ausführliche Aufklärung über die wirtschaftlichen Folgen der Behandlung unabdingbar.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁵ DEUTSCH/SPICKHOFF, 184 ff.; SPICKHOFF, 11, 15 f.; ZAHN, 113; LORZ, 96 ff.; DAMM, 641, 650; OLG Oldenburg (5U 218/99) vom 30. Mai 2000 ungenügende Risikoauflärung bei einer Abdomino-Plastik mit zusätzlicher Liposuktion; vgl. auch OLG Hamburg (3U 263/05) vom 29. März 2006, zum Schadenersatz nach misslungener Brustkorrektur bei unzureichender Risikoauflärung; allg. zur Risikoauflärung FELLMANN, Aufklärung von Patienten, 171, 180 ff.; FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 652 ff. zu § 4; ROGGO, 182 ff.; BELSER/RUMOJUNGO, 555, 565; KUHN MORITZ, 601, 642.

¹⁰⁰⁶ Vgl. Ausführungen unter Rz. 6.28 f. Im Vergleich zu ästhetischen Erstbehandlungen werden Folgeoperationen, die nach Komplikationen von medizinisch nicht indizierten Eingriffen erforderlich werden, von der Krankenversicherung getragen. Die von Nationalrätin Ruth Humbel am 15. März 2012 eingereichte Motion (Nr. 12.3246), die beantragte, Folgebehandlungen von nicht kassenpflichtigen kosmetischen Eingriffen von der Leistungspflicht auszunehmen, wurde vom Bundesrat und Ständerat abgelehnt. Als Hauptargumente dienten die Abgrenzungsproblematik zwischen medizinisch indizierten und rein ästhetischen Eingriffen sowie die Ausklammerung der Verschuldensfrage im KVG. Vgl. dazu das Votum von Christine Egerszegi-Obrist, Amtl. Bull. SR 2014, 554.

¹⁰⁰⁷ Zur wirtschaftlichen Aufklärung ROGGO, 118 ff.; WIEGAND, Standortbestimmung, 149, 152 ff.; für das deutsche Recht: LORZ, 190.

In der Lehre wurden die beschriebenen erhöhten Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht für ästhetische Eingriffe in Frage gestellt.¹⁰⁰⁸ So fordert LORZ eine Angleichung der ärztlichen Aufklärungspflicht in der ästhetischen Medizin an die Aufklärungspflicht in der Heilmedizin. Ihres Erachtens sollte von einer «Totalaufklärung» abgesehen und die Orientierung vielmehr auf das individuelle Informationsbedürfnis des einzelnen Patienten gelegt werden.¹⁰⁰⁹ 6.43

Ob die geforderte Fokussierung auf das Informationsbedürfnis des einzelnen Patienten den Umfang der ärztlichen Aufklärung in der ästhetischen Medizin zu reduzieren vermag, ist fraglich. Die Abklärung des individuellen Informationsbedürfnisses des Patienten beinhaltet nach wie vor die Pflicht des Arztes, sich vertieft mit der Situation des Patienten auseinanderzusetzen. Hierfür reicht es nicht, den Patienten lediglich mit Informationen über die Operationsmethode, Dauer, Verlauf und Nachbehandlung zu bedienen. Vielmehr beinhaltet die Aufklärung bei ästhetischen Eingriffen ein Eingehen auf die Beweggründe und Erwartungshaltung des Patienten. Erst dadurch wird es für den Arzt möglich, den Patienten abschliessend über das zu erwartende Operationsergebnis sowie dessen Risiken aufzuklären. 6.44

b) Ästhetische Medizin auf Verlangen von Minderjährigen

Werden ästhetische Eingriffe von Minderjährigen gewünscht, ist neben der Aufklärung auch die Einwilligung von zentraler Bedeutung.¹⁰¹⁰ Zeigt sich etwa, dass die Beweggründe zum ästhetischen Eingriff auf psychischen bzw. 6.45

¹⁰⁰⁸EISNER, Aufklärungspflicht des Arztes, 203 ff.; siehe auch FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 665 zu § 4, mit Hinweisen zur Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Verschärfung der Haftung des Arztes und die Annahme des Entlastungsgrundes der hypothetischen Einwilligung. Vgl. auch LORZ, 100 ff.; DAMM, 641, 651; in Deutschland wurde des Weiteren mit Hilfe statistischer Risikoprozente versucht, die Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht zu bestimmen. Vgl. etwa KATZENMEIER, Aufklärungspflicht und Einwilligung, 103, 115 f. mit kritischen Hinweisen hierzu. Die Orientierung an Risikostatistiken für das Mass der Aufklärung hat sich jedoch weder in Deutschland noch in der Schweiz durchgesetzt. M.w.H. FELLMANN, Aufklärung von Patienten, 171, 181 f.

¹⁰⁰⁹LORZ, 100 ff.

¹⁰¹⁰Für den Abschluss des Behandlungsvertrages bei einem nicht indizierten Eingriff ist in der Regel die volle Handlungsfähigkeit zu verlangen. Dies jedenfalls dann, wenn mit dem Eingriff mehr als nur geringfügige Kosten verbunden sind, was bei ästhetischen Eingriffen infolge der fehlenden Kassenpflicht meist zutreffen wird. Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 6.48 f.

psychiatrischen Gründen beruhen, ist höchste Vorsicht geboten.¹⁰¹¹ Einzelne Fachmediziner bezeichnen denn auch die «Identifikation von Patienten mit psychopathologischer Motivation als grösste Herausforderung in der ästhetischen Chirurgie».¹⁰¹²

- 6.46 Führt ein Arzt die gewünschte Behandlung durch, obwohl Anhaltspunkte für eine psychopathologische Motivation vorliegen, ist höchst fraglich, ob der betreffende Patient in der Lage war, rechtsgültig in die Behandlung einzuwilligen.¹⁰¹³ Dies muss in besonderem Mass für Jugendliche gelten, bei denen Persönlichkeit und Wertesystem noch nicht voll ausgereift sind und schon aus diesem Grund die Urteilsfähigkeit zweifelhaft sein kann. Liegt keine rechtsgültige Einwilligung des Patienten vor, kann dies für den behandelnden Arzt sowohl strafrechtliche, als auch zivilrechtliche Folgen nach sich ziehen.¹⁰¹⁴

c) Zur Rechtslage bei urteilsunfähigen Minderjährigen

- 6.47 Ästhetische Eingriffe an urteilsunfähigen Minderjährigen sind infolge der Zuordnung zu den absolut höchstpersönlichen Rechten vertretungsfeindlich. Machen Eltern Beeinträchtigungen des psychischen Wohlbefindens des betroffenen Kindes als Grund für die gewünschte Behandlung geltend, ergeben sich heikle Abgrenzungsfragen. Unter welchen Voraussetzungen sich aus einer belastenden Beeinträchtigung eines Kindes eine medizinische Indikation ableiten lässt, die es wiederum möglich macht, dass Eltern rechtsgültig in die Behandlung einwilligen können, kann letztlich nur im Einzelfall gesagt werden. In der beschriebenen Situation ist ganz wesentlich an das *Verantwortungsbewusstsein des Arztes* zu appellieren. Je invasiver ein Eingriff ist und je weniger Anhaltspunkte für eine psychologische Beeinträchtigung des betroffenen Kindes vorliegen, desto weniger darf ein Arzt von einer medizinischen Indikation und damit von einem Recht zur stellvertretenden Einwilligung der Eltern ausgehen.

¹⁰¹¹Das psychische Erkrankungsbild der «Körperdismorphobie», das auch als Körperbildstörung bezeichnet wird, gilt in der Regel als Ausschlussfaktor für einen ästhetischen Eingriff. Vgl. dazu Urteil des BGer 4P.265/2002 vom 28. April 2003 E. 4.1; Urteil des BGer 4P.9/2002 vom 19. März 2002 E. 2c; vgl. dazu auch LORZ, 176 ff.

¹⁰¹²Vgl. dazu STARK, 103, 109.

¹⁰¹³Die Zustimmung des Patienten ist umso weniger zu vermuten, wenn der Eingriff medizinisch nicht indiziert ist: Urteil des BGer 4A_329/2012 vom 4. Dezember 2012 E. 2.3; sowie Urteil des BGer 4C.9/2005 vom 24. März 2005 E. 4 f.; vgl. dazu auch FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 658 ff. zu § 4, mit Ausführungen zum Entlastungsgrund der hypothetischen Einwilligung.

¹⁰¹⁴Urteil des BGer 4P.265/2002 vom 28. April 2003 E. 4.1; Urteil des BGer 4P.9/2002 vom 19. März 2002 E. 2c.

B) Behandlungsvertrag mit einem beschränkt Handlungsunfähigen

Wie andernorts ausgeführt wurde, ist das Recht zur Einwilligung in eine medizinische Behandlung von der Fähigkeit, selbstständig einen Behandlungsvertrag abzuschliessen, zu unterscheiden.¹⁰¹⁵ Im vorliegenden Zusammenhang ist daher auch darauf einzugehen, ob urteilsfähige Minderjährige ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters einen Behandlungsvertrag für einen ästhetischen Eingriff abschliessen können. 6.48

Nach Art. 19 Abs. 2 ZGB können urteilsfähige Minderjährige ohne die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters unentgeltliche Vorteile erlangen oder «geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens» besorgen. Ebenso besteht Raum für einen selbstständigen Vertragsabschluss, wenn der beschränkt Handlungsunfähige den Abschluss des Vertrages mit eigenen Mitteln, im Rahmen des Kindesvermögens zur freien Verfügung nach Art. 323 ZGB, realisieren kann.¹⁰¹⁶ 6.49

Die Behandlungskosten von rein ästhetischen Behandlungen werden in der Regel weder von der Invaliden-, Unfall- noch von der Krankenversicherung übernommen.¹⁰¹⁷ Der Eingriff ist daher nicht unentgeltlich und es ist davon auszugehen, dass die Behandlungskosten die «geringfügigen Angelegenheiten des täglichen Lebens» übersteigen. Kann der beschränkt Handlungsunfähige die Behandlungskosten nicht im Rahmen des freien Kindesvermögens tragen, ist er für den Abschluss des Behandlungsvertrages auf die Zustimmung der Eltern angewiesen.¹⁰¹⁸ 6.50

Der beschränkt Handlungsunfähige könnte nun damit argumentieren, dass er durch dieses gesetzliche Zustimmungserfordernis bzw. der konkret verweigerten Zustimmung in der Ausübung seiner höchstpersönlichen Rechte eingeschränkt sei. Wie andernorts dargestellt wurde, kann auf Art. 19c Abs. 1 ZGB nur 6.51

¹⁰¹⁵ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.43 ff.

¹⁰¹⁶ Möchte eine 16-jährige beispielsweise ein (ungefährliches) Hämangiom entfernen lassen und vermag sie die Behandlungskosten mit ihrem Lehrlingslohn zu tragen, ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters entbehrlich. Vgl. dazu HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 07.75 ff., als Sondervorschrift zu nennen ist weiter das freie Vermögen nach Art. 321 ZGB; BELSER/RUMO-JUNGO, 555, 566 f.

¹⁰¹⁷ Vgl. Ausführungen unter Rz. 6.28 ff.

¹⁰¹⁸ Zum gesetzlichen Zustimmungserfordernis bei ästhetischen Eingriffen siehe auch SCHÖNI, 104; FELLMANN, Rechtsverhältnis zum Patienten, 103, 115; WIEGAND, Aufklärungspflicht, 119, 158; anders: BÜCHLER/HOTZ, 565, 576, die die Zustimmungspflicht der Eltern zum Behandlungsvertrag aufgrund der Höchstpersönlichkeit der Rechte ablehnen.

Rückgriff genommen werden, wenn der Betroffene irreversible Folgen zu ertragen hätte, die mit der Vereitelung der Ausübung des höchstpersönlichen Rechts gleichzusetzen sind.¹⁰¹⁹ Die beschriebenen irreversiblen Folgen fehlen bei einem rein ästhetisch motivierten Eingriff, da mit diesem zugewartet werden kann, bis die betroffene Person handlungsfähig ist. Insofern kann Art. 19c Abs. 1 ZGB im vorliegenden Zusammenhang nicht als Ausnahme zum gesetzlichen Zustimmungserfordernis von Art. 19 Abs. 1 ZGB herangezogen werden.

- 6.52 Können sich die Eltern mit dem vorgesehenen rein ästhetisch motivierten ärztlichen Eingriff nicht einverstanden erklären, kann der Behandlungsvertrag nicht abgeschlossen werden. Daher stellt sich die Frage, ob Eltern verpflichtet sind ihre Zustimmung zu erteilen, um dem urteilsfähigen Minderjährigen die Ausübung seiner höchstpersönlichen Rechte zu ermöglichen.
- 6.53 Bezugnehmend auf die elterliche Zustimmungspflicht ist zu bedenken, dass diese lediglich im Bereich der elterlichen Unterhaltspflicht nach Art. 276 ZGB angenommen werden darf. Die Eltern haben damit für Pflichten, die ihre Kinder bei der Ausübung ihrer höchstpersönlichen Rechte begründen, nicht unbeschränkt einzustehen.¹⁰²⁰ Da sich die Behandlungskosten eines ästhetischen Eingriffes nicht unter den elterlichen Unterhalt nach Art. 276 ZGB einordnen lassen, werden die Eltern durch diesen Vertrag nicht leistungspflichtig. Der behandelnde Arzt könnte die Behandlungskosten gegenüber den Eltern lediglich geltend machen, wenn diese ihre Zustimmung erteilt haben. Fehlt es daran, wird der Abschluss des Behandlungsvertrages in der Regel mangels Kreditwürdigkeit des beschränkt Handlungsunfähigen scheitern.
- 6.54 Nach dem Gesagten vermag der urteilsfähige Minderjährige zwar rechtsgültig in die Behandlung einzuwilligen, gleichwohl bedarf es für den Abschluss des Behandlungsvertrages – falls der Eingriff nicht ausnahmsweise durch freies Kindesvermögen finanziert werden kann – zusätzlich der Zustimmung der Eltern. Diese sind hierzu bei einem rein ästhetischen Eingriff allerdings nicht verpflichtet.

¹⁰¹⁹Zur Ausübung höchstpersönlicher Rechte von beschränkt Handlungsunfähigen beim Abschluss eines ärztlichen Behandlungsvertrages vgl. Ausführungen unter Rz. 2.61 ff.

¹⁰²⁰HEGNAUER, Grundriss, 146. «Zum Unterhalt gehört alles, was das Kind für sein Leben und seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung (...) braucht.» Siehe auch BREITSCHMID, BSK ZGB I, N 23 zu Art. 276 ZGB. Es ist jener Unterhalt zu gewähren, der die Entwicklung des Kindes in «schulischer und beruflicher Ausbildung und charakterlicher Festigung bestmöglich fördert». Beispielsweise ist der Rechtsschutz Teil des Unterhalts. Siehe auch HERZIG, Verfahren, 255; BELSER/RUMO-JUNGO, 555, 566 f.

C) Appell an das ärztliche Verantwortungsbewusstsein

Die Legitimation ärztlichen Handelns beruht auf den drei Grundpfeilern der medizinischen Indikation, der informierten Einwilligung und der sorgfältigen Behandlung.¹⁰²¹ Durch die medizinische Entwicklung und die Effizienz der Medizintechnik besteht ein Markt für ärztliche Eingriffe, bei denen die medizinische Indikation in den Hintergrund rückt. Diese Neuausrichtung der Medizin führt zu einer Normverschiebung im Berufsbild des Arztes. Der Arzt wird zu einem «Wunscherfüller», der eine Dienstleistung anbietet, die marktorientiert ist.¹⁰²² Durch diese Entwicklung besteht die Gefahr, dass das Vertrauen in das Berufsbild des Arztes verloren geht. Ein Patient sollte grundsätzlich darauf vertrauen können, dass sich ärztliches Handeln primär am Wohl eines Patienten orientiert und nicht von marktwirtschaftlichen Überlegungen gelenkt wird. Bestehen Anhaltspunkte, dass ärztliche Bemühungen darauf ausgerichtet sind, Gewinn zu generieren, schadet dies dem Arztberuf und dem Berufsbild des Arztes.¹⁰²³ 6.55

Um das Vertrauen der Patienten zu bewahren und zu verhindern, dass staatliches Eingreifen erforderlich wird, sind die Ärzte aufgefordert, verantwortungsbewusst zu handeln. Sie haben sich auch bei der Erbringung von medizinisch nicht indizierten Behandlungen an die standesrechtlichen Grundsätze zu halten.¹⁰²⁴ Sie sind verpflichtet, ästhetische Wünsche ihrer Patienten kritisch zu hinterfragen und Behandlungen abzulehnen, wenn offensichtlich ist, dass diese für den Patienten nicht hilfreich, sinnvoll und geeignet sind. Konkret ist die Urteilsfähigkeit des Minderjährigen bei nicht indizierten und folgenschweren Behandlungen sorgfältig zu prüfen. Das Einhalten berufsethischer Standards gilt insbesondere bei der Behandlung von urteilsfähigen Minderjährigen, aber auch bei Eltern, die sich ästhetische Eingriffe bei ihren urteilsunfähigen Minderjährigen wünschen. Insofern haben Ärzte ästhetische Eingriffe an Minderjährigen, die sich ohne Beeinträchtigungen des physischen oder psychischen Wohlbefindens bis zur Volljährigkeit der Betroffenen aufschieben lassen, abzulehnen. 6.56

¹⁰²¹DAMM, 641, 642.

¹⁰²²EBERBACH, 12 ff.; MAIO, 47, 49 ff.

¹⁰²³Vgl. dazu Bundesärztekammer, Zentrale Ethikkommission, Stellungnahme ästhetische Chirurgie, 2000, 2002 ff.

¹⁰²⁴So auch Bundesärztekammer, Zentrale Ethikkommission, Stellungnahme ästhetische Chirurgie, 2000, 2002 ff.; LAUFS, Arztrecht, 18 ff., welcher darauf hinweist, dass es den ärztlichen Standesorganisationen obliegt, über berufliche Standards zu wachen.

3. Handlungsbedarf

- 6.57 Um die beschriebene Problematik und Gefahren von ästhetischen Eingriffen an Minderjährigen abschliessend einschätzen zu können, müsste in einem ersten Schritt das Marktvolumen von ästhetischen Operationen und Behandlungen an Minderjährigen eruiert werden. Von Interesse ist in diesem Zusammenhang, wie viele und insbesondere welche ästhetischen Operationen und Behandlungen an Minderjährigen vorkommen. Des Weiteren müsste geklärt werden, ob die vorliegend in Frage stehenden Operationen lediglich von Fachärzten der plastischen Chirurgie oder auch von Ärzten anderer medizinischer Fachrichtungen oder Allgemeinmediziner durchgeföhrt werden. Um einen Überblick über die Risiken von ästhetischen Eingriffen zu erhalten, wären zudem statistische Erhebungen über gemeldete Haftpflichtfälle aus dem Bereich der ästhetischen Medizin von Interesse.
- 6.58 Rechtliche Regulierungen von ästhetischen Eingriffen an Minderjährigen rechtfertigen sich bei Vorliegen einer realen Gefahr für Minderjährige. Zeigt sich, dass beschriebene Behandlungen an Minderjährigen lediglich in Einzelfällen vorkommen und die damit verbundenen Risiken als gering einzustufen sind, bedarf es anderer Vorgehensweisen. In einer ersten Phase würde sich dann die Erarbeitung eines fachärztlichen Grundsatzpapiers oder einer medizinethischen Richtlinie zum Umgang mit der ästhetischen Medizin aufdrängen. Hierbei müsste insbesondere thematisiert werden, wie mit Minderjährigen umzugehen ist, die ästhetische Eingriffe wünschen. Eine solche Richtlinie brächte verschiedene Vorteile:
- Die Ärzte werden für die Thematik sensibilisiert.
 - Die Bevölkerung wird auf die Problematik hingewiesen, wodurch die Basis für eine öffentliche Diskussion zum Umgang mit der ästhetischen Medizin vorgelegt wird.
 - Die Ärzte können sich an Empfehlungen orientieren, wie sie sich standesgemäss zu verhalten haben.
 - Durch die Richtlinie lässt sich eine gesamtschweizerische Einheitlichkeit im Umgang mit ästhetischen Eingriffen an Minderjährigen anstreben.
 - Lassen sich durch die weitere Entwicklung der ästhetischen Medizin grössere Risiken für Minderjährige nachweisen, kann die Richtlinie kurzfristig angepasst bzw. verschärft werden.

In der Richtlinie müsste enthalten sein,

- was unter ästhetischen Operationen und Behandlungen begrifflich verstanden wird,

- dass ästhetische Operationen lediglich von Fachärzten der plastischen-, rekonstruktiven oder ästhetischen Chirurgie durchgeführt werden dürfen,¹⁰²⁵
- dass Ärzte aus anderen Fachbereichen nur auf Nachweis einer entsprechenden Zusatzqualifikation für einzelne Eingriffe zugelassen sind,
- über welche – klar und detailliert festzulegenden – Punkte der behandelnde Arzt die einwilligungsberechtigte Person mündlich und schriftlich aufzuklären hat,
- dass kommerzielle Aspekte niemals im Vordergrund stehen dürfen,
- dass ästhetische Eingriffe an Minderjährigen ohne das Vorliegen einer medizinischen Indikation nicht durchgeführt werden dürfen,
- wie mit psychischen bzw. psychiatrischen Aspekten als Indikationsstellung umgegangen wird und
- welche Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten zur Durchsetzung der Qualitätsanforderungen vorgesehen sind.

4. Kapitel: Geschlechtszuweisende Operationen an Kindern

I. Einführung in das Thema und Fragestellung

Die Frage nach dem Geschlecht interessiert. Auf Wunsch werdender Eltern besteht heute die Möglichkeit, das Geschlecht des ungeborenen Kindes durch Pränataltests vor der 12. Schwangerschaftswoche¹⁰²⁶ oder im Rahmen der üblichen Kontroll-Ultraschalluntersuchungen um die 18. Schwangerschaftswoche zu erfahren. Wird während der Schwangerschaft darauf verzichtet, das Geschlecht in Erfahrung zu bringen, so steht die «Lüftung» dieses Geheimnisses in den ersten Sekunden nach der Geburt an. Die Zuordnung zum weiblichen oder männlichen Geschlecht ist in unserer Gesellschaft ein fundamentales

¹⁰²⁵ Damit soll der medizinische Standard bei Schönheitsoperationen sichergestellt werden. Nicht selten wird in Haftpflichtfällen bei Schönheitsoperationen eine Unterschreitung des medizinischen Standards bemängelt, was den Wunsch nach Qualitätssicherung auslöst. Vgl. hierzu PALLUA/VEDECNIK, 102 ff.; LORZ, 164.

¹⁰²⁶ Die Motion «Keine vorgeburtliche Geschlechterselektion durch die Hintertüre» der SR Pascale Bruderer Wyss vom 13. Juni 2014 wurde von Stände- und Nationalrat angenommen. Der Bundesrat ist beauftragt, die bestehenden Anforderungen an frühe pränatale Untersuchungen zu präzisieren, um Abtreibungen aufgrund des Geschlechts zu verhindern. Die Bundesversammlung, Curia Vista, Geschäftsdatenbank: <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20143438> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

Kriterium der Wahrnehmung eines Menschen. Ob männlich oder weiblich ist nicht nur in der Gesellschaft von Relevanz, auch in unserer Rechtsordnung finden sich Bestimmungen, nach denen die Frage des Geschlechts nicht irrelevant ist. Zu erwähnen sind beispielsweise das Verbot der Adoption durch gleichgeschlechtlichen Paare,¹⁰²⁷ die Wehrpflicht für Männer,¹⁰²⁸ Sonderschutzvorschriften für Frauen im Arbeitsgesetz¹⁰²⁹ oder die Pflicht, das Geschlecht des Kindes innerhalb von drei Tagen nach der Geburt im Zivilstandsregister¹⁰³⁰ einzutragen, etc.

- 6.60 Können die geschlechtsdifferenzierenden Merkmale bei einem Kind nicht eindeutig dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugeordnet werden, ergeben sich rechts- und medizinethische Fragen. Im vorliegenden Kapitel soll den Fragen nachgegangen werden, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen ärztliche Behandlungen und Eingriffe zur Zuweisung des Geschlechts an Minderjährigen aus zivil- und verfassungs- sowie auch aus völkerrechtlicher Sicht zulässig sind. Des Weiteren ist zu prüfen, ob Minderjährige mit Varianten der Geschlechtsentwicklung genügend geschützt sind oder ob möglicherweise rechtliche Regulierungen und Beschränkungen erforderlich sind. Zur Veranschaulichung werden einleitend die Varianten der Geschlechtsentwicklung bei Kindern sowie deren medizinischen Behandlungsmöglichkeiten in geraffter Form dargestellt.

¹⁰²⁷ Auf Bundesebene wird derzeit die Stiefkindadoption von gleichgeschlechtlichen Paaren diskutiert. Ein über die Stiefkindadoption hinausgehendes Recht auf eine gemeinschaftliche Adoption, sieht der Vorentwurf des Bundesrates demgegenüber für gleichgeschlechtliche Paare nicht vor. Vgl. Botschaft Adoption, 877, 916 f. In einem wegweisenden Urteil des St. Galler Verwaltungsgerichts (B 2013/158) vom 19. August 2014 wurden zwei in einer eingetragenen Partnerschaft lebenden Männern als Elternpaar eines in Amerika gezeugten Leihmutter-Kindes «im Interesse des Kindes und im Interesse einer einheitlichen und klaren Rechtslage» anerkannt. Das Bundesgericht sah dies demgegenüber anders. Seines Erachtens ist die Adoption durch den nicht leiblichen Partner nicht vereinbar mit der Schweizerischen Rechtsordnung (vgl. Urteil des BGer 5A_748/2014 vom 21. Mai 2015).

¹⁰²⁸ Art. 2 Abs. 1 MG.

¹⁰²⁹ Art. 35, Art. 35a und Art. 35b ArG.

¹⁰³⁰ Art. 8 lit. d ZStV.

II. Varianten der Geschlechtsentwicklung und medizinische Behandlungsmöglichkeiten

1. Begriffliches

Von einer Variante der Geschlechtsentwicklung wird gesprochen, wenn «die Entwicklung des chromosomalen, gonadalen¹⁰³¹ und anatomischen Geschlechts atypisch verläuft».¹⁰³² Die Medizin verwendet für die verschiedenen Varianten der Geschlechtsentwicklung den Oberbegriff «disorder of sex development» (DSD).¹⁰³³ In der naturwissenschaftlichen Lehre werden eine Vielzahl von möglichen Störungen der Geschlechtsentwicklung beschrieben.¹⁰³⁴ Da abhängig vom jeweiligen Fachgebiet uneinheitliche Nomenklaturen und Einteilungen existieren, würde es den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen, detailliert auf die verschiedenen Einteilungen einzugehen. Vereinfacht gesagt besteht die Möglichkeit, dass das chromosomale Geschlecht nicht mit den äusseren und sekundären Geschlechtsmerkmalen übereinstimmt (Pseudohermaphroditismus masculinus oder femininus), oder dass das äussere Erscheinungsbild nicht eindeutig einem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugeordnet werden kann (Hermaphroditismus verus).¹⁰³⁵ Die atypische Variante des Geschlechts kann sich entweder bereits bei der Geburt zeigen oder sie entwickelt sich im Laufe des kindlichen Wachstums oder nach der Pubertät.¹⁰³⁶ Während einzelne Formen von DSD lebensbedrohliche Begleiterscheinungen haben, wie beispielsweise ein erhöhtes Krebsrisiko oder eine Niereninsuffizienz, und daher behandlungsbedürftig sind, gibt es Varianten von DSD, welche aus medizinischer Sicht nicht zwingend behandelt werden müssen.¹⁰³⁷

6.61

Statistische Angaben zur Häufigkeit von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung variieren je nach definitorischer Begrenzung und untersuchter Population. Bei Berücksichtigung der Diagnosen von Kindern mit ausgeprägt indifferenten Genitalen, die sich in ärztliche Beratung begeben, wird

6.62

¹⁰³¹In den Gonaden werden Geschlechtshormone produziert, die ab Beginn der Pubertät zu einer Vermännlichung oder Verweiblichung der körperlichen Merkmale führen. Vgl. KOLBE, 139.

¹⁰³²Nationale Ethikkommission, Ethische Fragen zur «Intersexualität», 7.

¹⁰³³Nationale Ethikkommission, Ethische Fragen zur «Intersexualität», 7; CHRISTENSEN, Intersexualität, Rz. 4.

¹⁰³⁴Dazu ausführlich WERLEN, Persönlichkeitsschutz, 15 ff.; SHAHA, 130, 133 ff.

¹⁰³⁵SHAHA, 130, 133 ff.; CHRISTENSEN, Intersexualität, Rz. 5; ROTHÄRMEL, Intersexualität, 274, 275 f.

¹⁰³⁶SHAHA, 130, 133.

¹⁰³⁷Nationale Ethikkommission, Ethische Fragen zur «Intersexualität», 8.

von einer Zahl von Neudiagnosen zwischen 1:3'000 bis 1:5'000 (jährlich) ausgegangen.¹⁰³⁸

2. Medizinische Behandlungsmöglichkeiten und die daraus gewonnenen Erkenntnisse

A) Historische Aspekte und Beweggründe

- 6.63 Der Umgang mit Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung war in der Schweiz bis in die 90er Jahren wesentlich von Einflüssen aus den USA geprägt. Als Orientierung diente die «optimal gender policy» von John Money und Johns Hopkins aus dem Jahre 1955.¹⁰³⁹ Die Richtlinien der «optimal gender policy» forderten «die frühzeitige Zuweisung zu einem Geschlecht, die operative Angleichung des äusseren Geschlechts in den ersten Lebensmonaten und die Geheimhaltung der Diagnose gegenüber Kindern».¹⁰⁴⁰ Dieses Gender Konzept basierte auf der Trennung des physischen Geschlechts vom sozialen Geschlecht. Die Grundannahme bestand darin, dass die psychische Geschlechtsidentität einer Person durch die Sozialisation und nicht durch die körperliche Geschlechtszugehörigkeit entstehe. Folglich ging man davon aus, dass das Kind in seiner psychischen Entwicklung Schaden nehme, wenn es nicht die Möglichkeit erhalte, sich so früh als möglich mit dem weiblichen oder männlichen Geschlecht identifizieren zu können.¹⁰⁴¹

B) Medizinische Behandlungsmöglichkeiten

- 6.64 Die medizinische Behandlung von Kindern mit DSD umfasst im Wesentlichen folgende Massnahmen: Die Entfernung der Keimdrüsen (Gonadektomie), die operativen Eingriffe zur Anpassung der äusseren Geschlechtsorgane und die Hormonbehandlungen.¹⁰⁴²
- 6.65 Durch die Gonadektomie werden diejenigen Keimdrüsen entfernt, die nicht dem zugewiesenen Geschlecht entsprechen. Dadurch soll verhindert werden, dass bei einem Kind bzw. Jugendlichen körperliche Manifestationen des anderen Geschlechts und damit Zweigeschlechtlichkeit eintritt. Gleichzeitig wird die

¹⁰³⁸ BOSINSKI, 31, 32, wobei keine Angaben darüber gemacht werden, auf welche untersuchte Population bzw. welches Land sich diese Zahlen beziehen. Siehe auch Nationale Ethikkommission, Ethische Fragen zur «Intersexualität», 7; SHAHA, 130; im Ergebnis ähnlich RUMETSCH, Medizinische Eingriffe, 93 f.

¹⁰³⁹ JÜRGENSEN/HIORT/THYEN, 226, 229 ff.; WERLEN, Persönlichkeitsschutz, 36 f.

¹⁰⁴⁰ ROTHÄRMEL, Intersexualität, 274, 276.

¹⁰⁴¹ JÜRGENSEN/HIORT/THYEN, 226, 229 ff.; CHRISTENSEN, Intersexualität, Rz. 23; BÜCHLER/COTTIER, 115, 116; WERLEN, Geschlecht, 1319, 1327; MATT, 144.

¹⁰⁴² Dazu ausführlich BRINKMANN/SCHWEIZER/RICHTER-APPELT, 235, 238 f.; RICHTER-APPELT, 53, 63 ff.; KOLBE, 139; WERLEN, Persönlichkeitsschutz, 30 f.

möglicherweise bestehende Fortpflanzungsfähigkeit des «anderen» (nicht zugewiesenen) Geschlechts verhindert.¹⁰⁴³ Die Gonadektomie hat in der Regel zur Folge, dass lebenslängliche Hormonersatztherapien und Kontrolluntersuchungen nötig werden.¹⁰⁴⁴

Bei der operativen Angleichung der äusseren Geschlechtsorgane wird das als zu klein oder zu gross empfundene Geschlechtsorgan korrigiert, um eine nach aussen eindeutige Geschlechtszugehörigkeit zu erreichen.¹⁰⁴⁵ In der Vergangenheit wurden viele der betroffenen Kinder zu Mädchen «umoperiert», da sich das weibliche Geschlechtsorgan operativ leichter rekonstruieren lässt als das männliche Geschlechtsorgan.¹⁰⁴⁶ 6.66

Neben den operativen Eingriffen werden bei Kindern mit der Diagnose DSD oftmals lebenslängliche Hormonbehandlungen durchgeführt. Diese Therapien sind wichtig für das Wachstum, die Knochenbildung und zur Beeinflussung des Fettstoffwechsels. Zudem soll damit eine geschlechtsbezogene Entwicklung verhindert werden, die nicht dem zugewiesenen Geschlecht entspricht.¹⁰⁴⁷ 6.67

C) Kritik Betroffener

Viele der hormonell behandelten und operierten Kinder und Jugendlichen kämpfen mit körperlichen Komplikationen, chronischen Schmerzen, psychischen Folgeerkrankungen sowie Beeinträchtigungen des Sexuallebens.¹⁰⁴⁸ Erfahrungsberichte von Betroffenen zeigen des Weiteren, dass die geschlechtsanpassenden Operationen oftmals wenig erfolgreich sind und 6.68

¹⁰⁴³ LANG, 125.

¹⁰⁴⁴ KOLBE, 140; CHRISTENSEN, Intersexualität, Rz. 27.

¹⁰⁴⁵ CHRISTENSEN, Intersexualität, Rz. 27; ROTHÄRMEL, Intersexualität, 274, 276; KOLBE, 140 ff. zu nennen sind Vaginalplastiken, Penisoperationen und Klitorisreduktionen.

¹⁰⁴⁶ Nationale Ethikkommission, Ethische Fragen zur «Intersexualität», 8.

¹⁰⁴⁷ KOLBE, 143.

¹⁰⁴⁸ BRINKMANN/SCHWEIZER/RICHTER-APPELT, 235, 239 f., hinsichtlich der Hamburger Studie zur Zufriedenheit geschlechtszuweisender Operationen; RICHTER-APPELT, 53, 68 ff.; Nationale Ethikkommission, Ethische Fragen zur «Intersexualität», 8 f.; MATT, 144, 145 f.

mehrere Folgeoperationen erforderlich werden.¹⁰⁴⁹ Daneben kritisieren die Betroffenen den fehlenden Einbezug in die Behandlungsentscheide sowie auch die mangelnde Aufklärung und Information der Eltern. In vielen Fällen haben betroffene Kinder und Jugendliche erst im Erwachsenenalter von ihrer Diagnose erfahren. Dies, obwohl sie zuvor selbst realisiert hatten, dass sie andersartig waren, sich allerdings nicht erklären konnten weshalb.¹⁰⁵⁰ Dieses Unwissen über den eigenen Zustand und die damit verbundenen, ungeklärten Fragen werden von den Betroffenen als sehr belastend beschrieben.

- 6.69 Die postoperativ auftretenden medizinischen Komplikationen, die Nebenwirkungen von Hormonbehandlungen und die psychischen Belastungen führten ab den 90er Jahren dazu, dass sich Betroffene in Selbsthilfe- und Interessengruppen zusammenschlossen und öffentlich Kritik am medizinischen Umgang bei Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung ausübten. Dies führte zu einer Sensibilisierung in der Gesellschaft und letztlich auch zu einem (teilweisen) Umdenken in der Medizin.¹⁰⁵¹ Auf Initiative von Fachpersonen und Betroffenenorganisationen wurden im Jahr 2005 in Chicago eine neue Nomenklatur eingeführt und Behandlungsempfehlungen aufgestellt. Danach sollten irreversible geschlechtsbestimmende Eingriffe nur durchgeführt werden, wenn es hierfür eine medizinische Indikation gibt. Die Behandlungen sollten in Spezialzentren mit einer interdisziplinären Betreuung durchgeführt werden. Eltern sowie auch das betroffene Kind, entsprechend seinen kognitiven Fähigkeiten, sollten in sämtliche anstehenden Entscheidungen miteinbezogen werden. Zudem distanzierte man sich von der Praxis, die Gonaden standardmässig zu entfernen.¹⁰⁵²
- 6.70 Ähnliche Behandlungsprinzipien wurden von Seite des Deutschen Ethikrates Anfang 2012 in einer Stellungnahme zum Umgang mit der Intersexualität kundgegeben.¹⁰⁵³ In der Schweiz gewann die Thematik durch zwei

¹⁰⁴⁹ Vgl. Fallschilderungen von Spiewak Martin in: Zeit online vom 28. September 2000, Nr. 40. Der Zwang der Geschlechter, <http://www.zeit.de/2000/40/200040_intersexneu.xml> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

¹⁰⁵⁰ KOLBE, 144.

¹⁰⁵¹ WERLEN, Persönlichkeitsschutz, 43 ff.; COTTIER, Geschlechtskörper, 87, 90; BÜCHLER/COTTIER, 115, 116; ROTHÄRMEL, Intersexualität, 274, 276 f.

¹⁰⁵² HUGHES ET AL., 148 ff.; Clinical Guidelines for the Management of Disorders of Sex Development in Childhood, Consortium on the Management of Disorders of Sex Development, Intersex Society of North America <<http://www.dsdguidelines.org/files/clinical.pdf>> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

¹⁰⁵³ Deutscher Ethikrat, Stellungnahme Intersexualität.

Interpellationen im Frühling 2011 an Aufmerksamkeit.¹⁰⁵⁴ In der Folge beauftragte der Bundesrat die Nationale Ethikkommission (NEK) zur Ausarbeitung einer Stellungnahme zum Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung. Diese wurde im November 2012 veröffentlicht.¹⁰⁵⁵

III. Rechtslage im Überblick

1. Verzicht auf spezialgesetzliche Regelungen

Im Schweizerischen Recht gibt es keine spezialgesetzlichen Bestimmungen, die die Thematik der geschlechtszuweisenden, ärztlichen Behandlungen und Operationen an Kindern mit DSD aufgreifen. Im Umgang mit dieser Diagnose sind demnach die allgemeinen Rechtsgrundlagen zur medizinischen Behandlung von Kindern wegweisend. Insofern ist die Frage, ob Eltern das Recht zukommt, in derartige Behandlungen einzuwilligen, letztlich eine Frage der Grenze des elterlichen Vertretungsrechts. 6.71

Wie sich nachfolgend zeigen wird, sind ärztliche Behandlungen und geschlechtsanpassende Operationen an Kleinkindern aus rechtlicher Sicht problematisch. Sowohl aus zivil-, als auch aus verfassungs- und völkerrechtlicher Sicht werden grundlegende Rechte verletzt. Neben der überblickartigen Darstellung der Rechtsverletzungen, besteht das Ziel der nachfolgenden Untersuchungen darin, die Rechte von Betroffenen, die sich aus der BV, der EMRK, der KRK sowie dem ZGB ableiten lassen, darzustellen. In diesem Zusammenhang wird ebenso auf die Pflicht des Staates, die selbstbestimmte Identität von Betroffenen zu schützen und anzuerkennen eingegangen. Alsdann wird die Rechtsprechung analysiert und kritisch hinterfragt. 6.72

¹⁰⁵⁴ Bundesversammlung, Geschäftsdatenbank, Interpellation von NR Kiener Nellen, 11.3265, Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20113265> (zuletzt besucht am 30. November 2015); Interpellation von NR Glanzmann, 11.3286, Kosmetische Genitaloperationen bei Kindern mit uneindeutigen körperlichen Geschlechtsmerkmalen, <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20113286> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

¹⁰⁵⁵ Nationale Ethikkommission, Ethische Fragen zur «Intersexualität».

2. Zivilrechtliche Perspektive – Elterliche Sorge und Störungen in der Geschlechtsentwicklung des Kindes

A) Zum Kindeswohl bei Kindern mit DSD

- 6.73 Eltern haben sich in gesundheitlichen Fragestellungen, die ihre Kinder betreffen am Kindeswohl zu orientieren.¹⁰⁵⁶ Die erwähnten Erfahrungsberichte von Betroffenen haben gezeigt, dass sich die über Jahre verfolgte und als allgemeingültig angesehene Praxis, wonach bei Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, möglichst früh eine medizinische Behandlung zur Geschlechterfestlegung durchgeführt werden sollte, nicht bewährt hat. Viele der Kinder, denen durch einen chirurgischen Eingriff ein Geschlecht zugeordnet wurde, zeigten im Nachhinein zum Teil erhebliche körperliche und/oder psychische Beschwerden.¹⁰⁵⁷ Nicht selten wurden komplexe Nachfolgeoperationen, auch erneute geschlechtszuweisende Eingriffe in das andere Geschlecht im Erwachsenenalter erforderlich.¹⁰⁵⁸ Daher kann nach dem heutigen Wissensstand davon ausgegangen werden, dass eine geschlechtszuweisende oder geschlechtsanpassende Operation im frühen Kleinkindesalter nicht zum Wohl und im Interesse des Kindes ist.¹⁰⁵⁹ Die Nationale Ethikkommission empfiehlt daher «alle bagatelhaften, geschlechtsbestimmenden Behandlungsentscheidungen, die irreversible Folgen haben» aufzuschieben, bis die betroffene Person selbst darüber entscheiden kann.¹⁰⁶⁰ Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Fordern Eltern derartige Eingriffe, handeln sie weder zum Wohl noch im Interesse des Kindes. Sie sind daher nicht berechtigt, in die beschriebenen Eingriffe stellvertretend einzuwilligen.
- 6.74 Besteht demgegenüber bei einem Kind mit der Diagnose DSD eine medizinische Indikation für eine konkrete Behandlung, können die Eltern rechtmäßig in diese einwilligen. Von einem medizinisch indizierten Eingriff ist auszugehen, wenn er erforderlich ist, um schwere Schäden an Körper und Gesundheit abzuwenden und ein Aufschub aus objektiven medizinischen Gründen nicht möglich ist.¹⁰⁶¹ Dies trifft beispielsweise zu bei einer spezifischen Form des Adrenogenitalen

¹⁰⁵⁶ Vgl. Ausführungen unter Rz. 2.8 ff., 2.68 ff.

¹⁰⁵⁷ Vgl. Ausführungen unter Rz. 6.68 f.

¹⁰⁵⁸ RICHTER-APPELT, 53, 76; BOSINSKI, 31, 38 ff.; SHAHA, 130, 137.

¹⁰⁵⁹ DIEHL, 151, 163 f.; WERLEN, Persönlichkeitsschutz, 222.

¹⁰⁶⁰ Nationale Ethikkommission, Ethische Fragen zur «Intersexualität», 19; ebenso Deutscher Ethikrat, Stellungnahme Intersexualität.

¹⁰⁶¹ Zum Begriff der medizinischen Indikation vgl. Ausführungen unter Rz. 2.68.

Syndroms,¹⁰⁶² das mit einem lebensbedrohlichen Salzverlust verbunden ist. Ebenso besteht eine medizinische Indikation, wenn bei einem Kind Scheiden- und Urinausgang in einen gemeinsamen Kanal münden, was in der Regel zu wiederkehrenden Harnwegsinfekten führt.¹⁰⁶³ In Frage gestellt ist demgegenüber die bis anhin verfolgte Praxis, wonach bei Kindern mit DSD vorsorglich die Keimdrüsen aus Gründen des Entartungsrisikos bzw. der Funktionslosigkeit entfernt werden sollten (Gonadektomie). Hierzu fehlen gesicherte Erkenntnisse und Langzeitstudien über das Entartungsrisiko. Dieses kann zudem durch regelmässige Untersuchungen reduziert werden. Im Übrigen hat sich gezeigt, dass das Belassen der Gonaden das Osteoporoserisiko verringert und die Chance für die Fortpflanzungsfähigkeit so lange als möglich erhalten bleiben kann.¹⁰⁶⁴

B) Absolut höchstpersönliche Rechte und DSD

Eine weitere Begrenzung der elterlichen Vertretungsrechte ergibt sich durch die absolut höchstpersönlichen Rechte nach Art. 19c Abs. 2 ZGB.¹⁰⁶⁵ Hinsichtlich der Frage, ob die Einwilligung zu einer geschlechtszuweisenden Operation als relativ oder absolut höchstpersönliches Recht einzustufen ist, erweist es sich als hilfreich, auf die Rechtslage der Sterilisation an Urteilsunfähigen sowie auf diejenige der «weiblichen Genitalverstümmelung/Genitalbeschneidung» (FGM/C)¹⁰⁶⁶ einzugehen. 6.75

Die Analogie zur Sterilisation bietet sich an, da geschlechtszuweisende Operationen ebenfalls irreversible bzw. schwer reversible Eingriffe am Geschlechtskörper darstellen.¹⁰⁶⁷ Zudem werden bei den 6.76

¹⁰⁶²Das Adrenogenitale Syndrom ist eine autosomal-rezessiv erbliche Erkrankung infolge einer Enzymopathie mit gestörter Synthes von Cortisol. Vgl. dazu Pschyrembel, klinisches Wörterbuch online <http://www.degruyter.com/view/kw/4406268?rskey=nGoPxI&result=5&dbq_0=genitales+Syndrom&dbf_0=psy-fulltext&dbt_0=fulltext&o_0=AND&searchwithindbid_1=PSCHYKW> (zuletzt besucht am 30. November 2015).

¹⁰⁶³BOSINSKI, 31 ff., KOLBE, 26 f., 165, 211 f.; CHRISTENSEN, Intersexualität, Rz. 54.

¹⁰⁶⁴Dazu ausführlich KOLBE, 165 ff.

¹⁰⁶⁵Vgl. Ausführungen unter Rz. 2.151 f.

¹⁰⁶⁶Der Doppelbegriff «weibliche Genitalverstümmelung/Genitalbeschneidung», «Female Genital Mutilation/Cutting» (FGM/C) wird heute von verschiedenen Organisationen wie der UNICEF oder dem United Nation Population Fund (UNFPA) sowie auch von den Betroffenen selbst benutzt. Anfänglich wurde in der ethnologischen Literatur meist der Begriff der weiblichen Beschneidung (female circumcision) verwendet. Vgl. dazu Schutz und Intervention im Bereich der FGM/C, 4 f. Die «weibliche Genitalverstümmelung/Genitalbeschneidung» (nachfolgend FGM/C) ist seit 1. Juli 2012 unter Strafe gestellt (Art. 124 StGB).

¹⁰⁶⁷KOLBE, 159.

geschlechtszuweisenden Operationen oftmals die Gonaden entfernt, sofern sie nicht dem zugewiesenen Geschlecht entsprechen. Dies führt zum Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit und ist daher mit einer Sterilisation gleichzusetzen.¹⁰⁶⁸ Nach Art. 3 Abs. 2 des Sterilisationsgesetzes sind Sterilisationen an Minderjährigen grundsätzlich verboten. Sterilisationen an über 16 Jährigen, dauernd urteilsunfähigen Personen sind nur unter äusserst restriktiven Voraussetzungen zulässig.¹⁰⁶⁹ Die Eltern des urteilsunfähigen Minderjährigen dürfen demgegenüber nicht über diese Fragestellung entscheiden, es wird ihnen lediglich ein Anhörungsrecht durch die KESB zugestanden.

- 6.77 Auch die FGM/C kann je nach Typ der Beschneidung¹⁰⁷⁰ schwerwiegende physische und psychische Folgen für das weitere Leben der Betroffenen bewirken. Die Eingriffe der FGM/C werden in der Regel ohne Betäubung vorgenommen und sind daher äusserst schmerzhaft. Sehr oft kommt es zu einer Infektion der Operationswunde. Langfristig gesehen leiden die Betroffenen oftmals unter Blasen- und Niereninfekten, die zu bleibenden Nierenschäden führen. In den meisten Fällen sind weitere operative Eingriffe erforderlich.¹⁰⁷¹ Die beschriebenen Folgen der FGM/C können mit den Folgen von geschlechtszuweisenden Operationen verglichen werden.¹⁰⁷² Patienten mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, bei denen früh und mehrfach genitalkorrigierende Operationen durchgeführt wurden, beschreiben ähnlich wie Betroffene der FGM/C, dass sie – insbesondere bei klitorisreduzierenden Eingriffen – unter erheblichen und nachhaltigen Einschränkungen ihrer psychosexuellen Erlebnisfähigkeit leiden.¹⁰⁷³ Beide Eingriffe können zu massiven Schmerzen, Nachfolgeoperationen und Beeinträchtigungen bzw. zu einem Verlust der sexuellen Erlebnisfähigkeit führen.¹⁰⁷⁴
- 6.78 Obwohl die Sterilisation und die FGM/C unterschiedliche Hintergründe und Ausprägungen haben, lassen sich diese Eingriffe hinsichtlich der Folgen und der Eingriffsintensität, mit geschlechtszuweisenden Operationen an Kindern vergleichen. Im Wissen um die gesetzlichen Schutzvorkehrungen bei der Sterilisation sowie der FGM/C ist es stossend, wenn Eltern in nicht indizierte

¹⁰⁶⁸ CHRISTENSEN, Intersexualität, Rz. 50.

¹⁰⁶⁹ Vgl. Art. 7 Abs. 2 Sterilisationsgesetz.

¹⁰⁷⁰ Schutz und Intervention im Bereich der FGM/C, 4 f.; TRECHSEL/SCHLAURI, 4 f. Die FGM/C tritt in verschiedenen Varianten auf, in der Regel werden vier Typen, die unterschiedliche Komplikationen nach sich ziehen können, beschrieben. Siehe auch COTTIER, Prävention, 9.

¹⁰⁷¹ TRECHSEL/SCHLAURI, 5 f.; COTTIER, Prävention, 9.

¹⁰⁷² So auch WERLEN, Geschlecht, 1319, 1322 ff.; CHRISTENSEN, Intersexualität, Rz. 49.

¹⁰⁷³ BOSINSKI, 31, 38.

¹⁰⁷⁴ Zu den Folgen der weiblichen Genitalbeschneidung COTTIER, Prävention, 9.

geschlechtszuweisende Operationen an ihrem urteilsunfähigen Kind einwilligungsberechtigt bleiben. Insofern sind klare Rechtsgrundlagen zu erarbeiten und das Recht zur Einwilligung in vorerwähnte Operationen an Kindern ist bei einer wertenden Betrachtungsweise den absolut höchstpersönlichen und damit vertretungsfeindlichen Rechten zuzuordnen.

C) Elterninteressen versus Kindesinteressen?

Eltern können nicht rechtsgültig in medizinisch nicht indizierte, geschlechtszuweisende Behandlung ihres urteilsunfähigen Kindes einwilligen. Wird das urteilsunfähige Kind ohne rechtsgültige Einwilligung ärztlich behandelt, stellt das Verhalten des Arztes eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB dar. Nach Art. 28 Abs. 2 ZGB entfällt die Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen den Eingriff zu rechtfertigen vermögen.¹⁰⁷⁵ Daher kann sich die Frage stellen, ob die Interessen der Eltern geschlechtszuweisende Operationen und Behandlungen des urteilsunfähigen Kindes zu rechtfertigen vermögen. 6.79

Die Geburt eines Kindes mit einer Störung der Geschlechtsentwicklung bedeutet für die betroffenen Eltern unzweifelhaft eine Ausnahmesituation. Liegt keine medizinische Indikation für einen unmittelbaren operativen Eingriff zur Festlegung des Geschlechtes vor, sehen sie sich, entsprechend der Empfehlungen der Nationalen Ethikkommission (NEK),¹⁰⁷⁶ mit der Forderung konfrontiert, ihr Kind, zu begleiten und zu unterstützen, bis sich dieses selbst für das eine oder andere Geschlecht zu entscheiden vermag. Viele Eltern dürften mit der Verarbeitung und dem Umgang mit dieser Situation stark gefordert sein und sich nichts sehnlicher wünschen, als ein Kind zu haben, das den gesellschaftlichen Vorstellungen der Geschlechterzuordnung entspricht. Haben die Eltern selber Mühe damit, die nicht definierte Geschlechterzuordnung ihres Kindes zu akzeptieren, wird dies – selbst wenn die Eltern dies nicht beabsichtigen – in die Pflege und die Erziehung des Kindes einfließen. Dies kann dazu führen, dass das betroffene Kind in der Entwicklung seines Selbstvertrauens und Selbstwertgefühls zusätzlich belastet wird. Es könnte nun argumentiert werden, dass es für die Eltern, aber indirekt auch für das Wohlbefinden des Kindes letztlich besser wäre, wenn dem Kind möglichst früh ein Geschlecht zugewiesen würde und es dadurch der ambivalenten Haltung der Eltern nicht ausgesetzt wäre. 6.80

¹⁰⁷⁵ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.12 ff.

¹⁰⁷⁶ Vgl. dazu Nationale Ethikkommission, Ethische Fragen zur «Intersexualität», 19 f.

- 6.81 Diese Argumentation vermag indessen nicht zu überzeugen. Die physischen und psychischen Leiden von Kindern, bei denen im frühen Kindesalter geschlechtszuweisende Operationen durchgeführt wurden, sind, wie mittlerweile unbestritten ist, äusserst belastend.¹⁰⁷⁷ Das Interesse der Eltern, das darin besteht, ein «normales» Kind zu haben bzw. das Kind möglichst «normal» aufwachsen zu lassen, weil sie sich nicht in der Lage sehen, mit der aussergewöhnlichen Situation ihres Kindes umzugehen, vermag gegenüber den Interessen des betroffenen Kindes nicht zu überwiegen. Die Eltern sind aufgrund ihrer elterlichen Fürsorgepflicht gehalten, die Rahmenbedingungen für eine physisch und psychisch bestmögliche Entwicklung ihres Kindes zu schaffen. In diesem Zusammenhang darf von ihnen erwartet werden, sich mit der Diagnose ihres Kindes auseinanderzusetzen und, soweit erforderlich, Hilfsangebote zu nutzen.
- 6.82 Nach dem Gesagten vermag das Interesse der Eltern jenes betroffener Kinder auf Selbstbestimmung der Geschlechterzuordnung nicht zu überwiegen. Auch unter Berücksichtigung der elterlichen Interessen bleibt es somit beim Befund, dass die beschriebene ärztliche Behandlung bzw. Operation ohne Einwilligung des betroffenen Kindes oder Jugendlichen eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung darstellt.

3. Geschlechtszuweisende Operationen unter dem Fokus von Grund- und Völkerrecht

A) Verletzung des Rechts auf selbstbestimmte Geschlechtsidentität

- 6.83 Sorgeberechtigte Eltern haben sich am Kindeswohl und der Achtung der Persönlichkeit des Kindes zu orientieren (Art. 301 ff. ZGB). Da sich der Begriff des Kindeswohls einer abschliessenden Definition entzieht, kann nicht abschliessend gesagt werden, wo die Grenzen elterlichen Handelns zu setzen sind.¹⁰⁷⁸ Ein möglicher Ansatz zur Auslegung und Präzisierung des Ermessensspielraums elterlichen Handelns ergibt sich durch den Einbezug von Grund- und völkerrechtlichen Bestimmungen.¹⁰⁷⁹ Obwohl sich diese Bestimmungen primär an staatliche Behörden richten, können sie in indirekter

¹⁰⁷⁷ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 6.68 ff.

¹⁰⁷⁸ Vgl. Ausführungen unter Rz. 2.8 ff.

¹⁰⁷⁹ Urteil des BGER B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 E. 6.7.1.

Drittwirkung «soweit sie dazu geeignet sind», auch unter Privaten Geltung erlangen (Art. 35 Abs. 3 BV).¹⁰⁸⁰

Der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz basiert auf dem Schutz der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und dem Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 13 Abs. 1 BV).¹⁰⁸¹ Einen ähnlichen Schutz gewährt Art. 8 EMRK, mit dessen Geltungsbereich sich die beiden erwähnten Grundrechte (Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 13 Abs. 1 BV) überschneiden.¹⁰⁸² Die in Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 BV enthaltenen Teilaspekte des Persönlichkeitsschutzes werden auch unter dem Auffanggrundrecht der individuellen Selbstbestimmung zusammengefasst.¹⁰⁸³ Zum individuellen Selbstbestimmungsrecht zählt das Recht, über alle elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung, die für ein selbstbestimmtes Leben in Würde und Freiheit unerlässlich sind, frei zu bestimmen.¹⁰⁸⁴ Zur Entfaltung der Persönlichkeit zählt das Recht auf eine selbstbestimmte Geschlechtsidentität und Achtung der sexuellen Selbstbestimmung.¹⁰⁸⁵ Dieser Teilgehalt des Persönlichkeitsschutzes hat in den letzten Jahren im schweizerischen Verfassungsrecht zusehends an Bedeutung gewonnen.¹⁰⁸⁶ 6.84

Geschlechtszuweisende und geschlechtsanpassende ärztliche Behandlungen und Operationen im Kleinkindesalter greifen unzweifelhaft in den Schutzbereich des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes von Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 BV ein.¹⁰⁸⁷ Entscheiden Eltern oder Dritte bei einem urteilsunfähigen Kind über die Zuordnung zu einem Geschlecht, ohne dass es hierfür eine medizinische Indikation gibt, beschränkt dieses Vorgehen das betroffene Kind elementar in seinem Recht auf Persönlichkeitsentfaltung und 6.85

¹⁰⁸⁰ Urteil des BGer B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 E. 6.7.1; BGE 132 III 644E. 3; 131 IV 27 E. 3; 101 IV 172 E. 5; ausführlich zur indirekten Drittwirkung EGLI, 135 ff.

¹⁰⁸¹ Zur Abgrenzung von Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 BV: FÄSSLER, 74 ff.

¹⁰⁸² BGE 133 I 58 E. 6.1 im Zusammenhang mit dem Recht auf Selbstbestimmung hinsichtlich der Art und dem Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens; BGE 127 I 6 E. 5a.

¹⁰⁸³ FÄSSLER, 73 ff.

¹⁰⁸⁴ BGE 133 I 77 E. 3.2; KIENER/KÄLIN, 146 ff.; MÜLLER/SCHEFER, 139; FÄSSLER, 73 ff.

¹⁰⁸⁵ STUDER/COPUR, 53, 57.

¹⁰⁸⁶ Vgl. 126 II 425 E. 4 ff.; zur sexuellen Orientierung im Rahmen von Art. 8 EMRK vgl. Urteil des EGMR S.L. gegen Austria (45330/99) vom 9. Januar 2003, Ziff. 37 ff.; Urteil des EGMR Karner gegen Austria (40016/98) vom 24. Juli 2003, Ziff. 34 ff.; Urteil des EGMR E.B. gegen France (43546/02) vom 22. Januar 2008, Ziff. 70 ff.; siehe auch FÄSSLER, 66 ff.; MÜLLER/SCHEFER, 143 ff., 729 ff.; HAUSHEER, 303, 304 f.

¹⁰⁸⁷ Ausführlich dazu CHRISTENSEN, Intersexualität, Rz. 29 ff.

seinem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.¹⁰⁸⁸ Ohne rechtsgültige Einwilligung der betroffenen Person beinhaltet das beschriebene Vorgehen einen zentralen Eingriff in die sexuelle Integrität und ist damit als Eingriff in den Kerngehalt der selbstbestimmten Entfaltung der Persönlichkeit im Sinne Art. 10 Abs. 2 BV zu werten.¹⁰⁸⁹

- 6.86 Verfassungsrechtlich gesehen ist das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung von derart hoher Bedeutung, dass es sich rechtfertigt, für die Wahl des Geschlechts keine vertretungsweise Einwilligung zuzulassen. Die grundrechtliche Betrachtung stützt den Befund, dass das Recht zur Einwilligung in geschlechtszuweisende Operationen den absolut höchstpersönlichen Rechten zuzuordnen ist, soweit nicht ein medizinisch indizierter, nicht aufschiebbarer Eingriff in Frage steht.

B) Diskriminierung

- 6.87 Das Diskriminierungsverbot¹⁰⁹⁰ nach Art. 8 Abs. 2 BV ist darauf fokussiert, eine gesonderte Behandlung von Menschen aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer Gruppe zu verhindern. Von einer gerechtfertigten Diskriminierung ist lediglich dann auszugehen, wenn zwar an ein sog. «verpöntes» Merkmal¹⁰⁹¹ angeknüpft wird, es jedoch für die Sonderbehandlung eine Rechtsgrundlage gibt, ein überwiegendes Interesse des Gemeinwohls besteht und dieses im Vergleich zu den Interessen der Betroffenen an der Gleichbehandlung überwiegt.¹⁰⁹²
- 6.88 Ein operativer Eingriff, für den es keinen medizinischen Grund gibt, sondern der lediglich dazu dient, das Kind dem gesellschaftlich vorgegebenen Konstrukt der Zweigeschlechtlichkeit zuzuordnen, verletzt den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 2 BV. Die betroffenen Kinder werden, im Vergleich zu

¹⁰⁸⁸ CHRISTENSEN, Intersexualität, Rz. 29; BÜCHLER/COTTIER, 115, 125 ff.; KOLBE, 157 ff.

¹⁰⁸⁹ Vgl. MÜLLER/SCHEFER, 145, die jeden Eingriff in die sexuelle Integrität eines Urteilsunfähigen als absolut unzulässig einstufen.

¹⁰⁹⁰ «Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung von Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an Unterscheidungsmerkmalen anknüpft, die einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betroffenen Personen ausmachen; insofern beschlägt das Diskriminierungsverbot auch Aspekte der Menschenwürde nach Art. 7 BV». Vgl. BGE 134 I 49 E. 3.1.

¹⁰⁹¹ Zu nennen sind: Herkunft, Rasse, Geschlecht, Alter, Sprache, soziale Stellung, Lebensform, etc. nach Art. 8 Abs. 2 BV.

¹⁰⁹² Vgl. dazu BGE 134 I 49 E. 3.1; 134 I 56 E. 5.1; MÜLLER/SCHEFER, 693 f. Die Anforderungen von Art. 36 BV rechtfertigen eine Sonderbehandlung bei der Anwendung von Art. 8 Abs. 2 BV.

gleichaltrigen Kindern, einzig aufgrund ihres «Andersseins» hinsichtlich des Geschlechts ungleich behandelt.¹⁰⁹³ Für dieses Vorgehen gibt es weder eine gesetzliche Grundlage noch ein überwiegendes öffentliches Interesse. Das öffentliche Interesse, die duale Geschlechterordnung beizubehalten und dadurch auf die Auseinandersetzung mit der Thematik des Umgangs mit Menschen mit Störungen der Geschlechtsentwicklung und möglichen Gesetzesveränderungen zu verzichten, vermag die Interessen der Betroffenen, selbst über beschriebene Eingriffe entscheiden zu dürfen, nicht zu überwiegen. Geschlechtszuweisende bzw. geschlechtsanpassende ärztliche Behandlungen sind daher diskriminierend und lassen sich nicht rechtfertigen.

Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass sich die Schweiz durch Unterzeichnung der KRK verpflichtet hat, Kindern die in der Konvention enthaltenen Rechte zu gewähren und sie vor Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, körperlicher Behinderungen, des Status seiner Eltern, etc. durch geeignete Massnahmen zu schützen (vgl. Art. 2 KRK).¹⁰⁹⁴ Entsprechend muss das elterliche Vertretungsrecht unter Berücksichtigung des Diskriminierungsverbots einschränkend ausgelegt werden. Auch unter diesem Blickwinkel erhärtet sich die Feststellung, dass eine stellvertretende Einwilligung der Eltern nur bei medizinischer Indikation und dringendem Handlungsbedarf zulässig ist. 6.89

4. Intersexualität in der Rechtsprechung

A) Schweizerische Rechtsprechung

In der Schweizerischen Rechtsprechung wurde die Thematik der geschlechtszuweisenden Operationen an Minderjährigen, soweit ersichtlich, erst in einem Fall, im Zusammenhang mit einem asylrechtlichen Verfahren betreffend einer Wegweisung, aufgegriffen. Für das Bundesverwaltungsgericht war die Wegweisung einer Familie mit einem Kind, bei dem in der Schweiz eine geschlechtszuweisende Operation durchgeführt wurde, unzumutbar. Argumentiert wurde damit, dass «im Hinblick auf das im Iran vorherrschende gesellschaftliche Bild der Geschlechter» davon auszugehen sei, dass die psychosoziale Entwicklung des Kindes, dem das weibliche Geschlecht operativ zugewiesen wurde, beeinträchtigt werde. Im Iran würden von der Norm abweichende Verhaltensweisen und körperliche Erscheinungsformen nicht toleriert. Daher lasse sich eine Wegweisung nicht mit dem Kindeswohl vereinbaren.¹⁰⁹⁵ 6.90

¹⁰⁹³WERLEN, *Geschlecht*, 1319, 1321 ff.; STUDER/COPUR, 53, 64; CHRISTENSEN, *Intersexualität*, Rz. 75 f.

¹⁰⁹⁴LÜCKER-BABEL, 9, 13 f.

¹⁰⁹⁵BVGE 2010/D-4700 vom 11. März 2010 E. 5.10.2; NAGUIP, 326, 338.

- 6.91 Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts spricht die staatliche Schutzpflicht gegenüber Kindern mit der Diagnose DSD an. Es wird klargestellt, dass die psychosoziale Entwicklung eines Kindes mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung – mit oder ohne Operation – erschwert ist und zum Schutz des Kindeswohls angemessene Rahmenbedingungen zu schaffen sind. Selbst wenn in dieser Entscheidung auf die Frage, ob geschlechtszuweisende Operationen an urteilsunfähigen Kindern rechtlich zulässig sind, nicht eingegangen wird, zeigt sich das Bewusstsein und die gewachsene Sensibilität für die Situation von Kindern mit Störungen der Geschlechtsentwicklung. Bedauerlicherweise hatte das Bundesverwaltungsgericht keinen Anlass näher darauf einzugehen, wie die angesprochenen schützenden Rahmenbedingungen auszusehen haben. Klargestellt wird lediglich, dass die erforderlichen Voraussetzungen und die aufzubringende Toleranz gegenüber Betroffenen im Iran nicht zu erwarten sind.

B) Urteil des Landes- und Oberlandesgerichts Köln

- 6.92 In einem Urteil des Oberlandesgerichts Köln aus dem Jahre 2009 stand die ärztliche Behandlung einer Frau, die als Knabe aufgewachsen ist, zur Diskussion. Die Frau klagte gegen einen Chirurgen, der ihr im Alter von 18 Jahren intakte Eierstöcke und die Gebärmutter entfernt hatte. Vor dem fraglichen Eingriff wurde davon ausgegangen, dass die Klägerin verkümmerte weibliche Geschlechtsorgane habe. Während der Operation zeigte sich eine normale Anatomie der weiblichen Geschlechtsorgane. Gleichwohl unterbrach der Chirurg die Operation nicht. Nach Ansicht des Oberlandesgerichts Kölns fehlte eine rechtsgültige Einwilligung der Patientin für den operativen Eingriff. Der behandelnde Arzt hätte in der beschriebenen Situation die Operation unterbrechen und die informierte Einwilligung der Klägerin einholen müssen. Das Gericht verurteilte den behandelnden Chirurgen infolge fehlender Einwilligung zur Zahlung eines Schmerzensgeldes von EUR 100‘000.¹⁰⁹⁶
- 6.93 Im Zentrum dieses Urteils steht die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht. Eine vertiefte Auseinandersetzung und Stellungnahme zum Umgang mit Kindern mit der Diagnose DSD findet hingegen nicht statt. Da die Klägerin zum Zeitpunkt der Operation bereits 18-jährig und als einwilligungsfähig angesehen wurde, hatte das Gericht nicht darauf einzugehen, ob die Einwilligung in die beschriebene Operation der Vertretung zugänglich ist. Gleichwohl zeigt dieses Urteil, dass operative Eingriffe am Geschlechtskörper, die mit der Zuordnung zu einem Geschlecht in Verbindung gebracht werden können, weitreichende Auswirkungen auf die betroffene Person haben.

¹⁰⁹⁶Urteil des Landesgerichts Köln (25 O 179/07) vom 12. August 2009, Ziff. 31 ff.

C) Urteile des kolumbianischen Verfassungsgerichts

Soweit ersichtlich ist das kolumbianische Verfassungsgericht bislang das einzige Gericht, das sich mit der Frage der stellvertretenden Einwilligung zu geschlechtszuweisenden Operationen auseinandergesetzt hat.¹⁰⁹⁷ In einem ersten Fall aus dem Jahre 1995 erkannte das Verfassungsgericht, dass das Geschlecht eines Menschen, unabhängig von dessen Alter, nicht ohne informierte Einwilligung der betroffenen Person verändert werden darf. Widrigenfalls von einem Verstoss gegen die Menschenwürde und einer Verletzung des Rechts auf ungestörte Geschlechtsidentität ausgegangen werden müsste.¹⁰⁹⁸ In einem zweiten Fall aus Jahre dem 1999 hatte sich das kolumbianische Verfassungsgericht mit der Einwilligung in eine geschlechtszuweisende Operation an einem achtjährigen Kind auseinanderzusetzen.¹⁰⁹⁹ Das Gericht stellte fest, dass niemand anderes als die betroffene Person selbst über die Geschlechtsidentität eines Menschen bestimmen darf. Daher erachtete es die Einwilligung der Mutter als rechtsunwirksam. In den Erwägungen hielt das Verfassungsgericht allerdings fest, dass Eltern für geschlechtszuweisende Operationen bis zur Urteilsfähigkeit des Kindes zur stellvertretenden Einwilligung berechtigt seien.

6.94

In einem weiteren Fall aus dem Jahre 1999 erachtete das kolumbianische Verfassungsgericht die Zustimmung der Eltern zu einer geschlechtszuweisenden Operation ihres dreijährigen Kindes, infolge ungenügender Aufklärung, als rechtsunwirksam und die bereits durchgeführte Operation des Kindes als rechtswidrig.¹¹⁰⁰ Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht sah das Verfassungsgericht in der mangelnden Aufklärung der Eltern über mögliche Alternativen zu der geschlechtszuweisenden Operation. Unabhängig vom betreffenden Fall, hielt das Verfassungsgericht wiederum fest, dass Eltern bis zum 5. Lebensjahr des Kindes grundsätzlich berechtigt seien, ihre Zustimmung zu geschlechtszuweisenden Operationen zu erteilen.

6.95

Die zitierten Urteile des kolumbianischen Verfassungsgerichts setzen sich mit der stellvertretenden Einwilligung betreffend geschlechtszuweisender Operationen auseinander. Die Erkenntnis, wonach eine einwilligungsfähige Person lediglich allein über einen derartigen Eingriff bestimmen kann, ist begrüssenswert. Nachvollziehbar und sinnvoll sind ferner die Ausführungen zu den erhöhten Anforderungen, die für eine rechtsgenügeliche ärztliche Aufklärungspflicht zu berücksichtigen sind. Problematisch erscheint

6.96

¹⁰⁹⁷ Vgl. dazu KOLBE, 152 f.; ROTHÄRMEL, Intersexualität, 274, 282.

¹⁰⁹⁸ Sentencia No. T.477/95 «Gonzalez» vgl. dazu HAAS, 41, 46 ff.

¹⁰⁹⁹ Sentencia SU-337/99, vgl. dazu HAAS, 41, 46 ff.

¹¹⁰⁰ Sentencia T-551/99, vgl. dazu HAAS, 41, 52 ff.; MATT, 144, 145 f.; KOLBE, 154 f.

demgegenüber, dass es Eltern erlaubt sein soll bis zum 5. Lebensjahr des Kindes in beschriebene ärztliche Behandlungen und Operationen einzuwilligen. Diese Vorgehensweise birgt die Gefahr, dass geschlechtszuweisende bzw. geschlechtsanpassende Operationen vorwiegend im Kleinkindalter durchgeführt werden. Diesfalls müssen sich die behandelnden Ärzte weder mit der Einwilligungsfähigkeit des betroffenen Kindes noch mit der Frage nach dem Vorliegen einer medizinischen Indikation auseinandersetzen. Naheliegenderweise ist die Handhabung höchst problematisch, da dadurch der Schutz von betroffenen Kindern in einem elementaren Bereich der Persönlichkeitsentfaltung vereitelt wird.¹¹⁰¹ Ganz abgesehen davon ist es jedenfalls nach hiesiger Anschauung undenkbar, dass ein Kind bereits im Alter von fünf oder acht Jahren über die nötige Reife verfügt, um in einem Eingriff mit derart weitreichenden Folgen einzuwilligen.¹¹⁰² Entsprechend können die zitierten Urteile in mehrfacher Hinsicht kaum als Vorbild für eine künftige Praxis in der Schweiz dienen.

IV. Mögliche Massnahmen zum Schutz des Kindes

- 6.97 Während der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) seit 1970 eine Praxis für menschenrechtliche Schutzpflichten des Staates entwickelt hat,¹¹⁰³ gehen Lehre und Praxis heute auch im schweizerischen Verfassungsrecht davon aus, dass jedes Grundrecht eine staatliche Schutzpflicht enthält.¹¹⁰⁴ Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 BV sowie Art. 2 KRK sind daher nicht nur darauf ausgerichtet, ungerechtfertigte Eingriffe abzuwehren, vielmehr beinhalten sie auch die Pflicht des Staates, geeignete und wirksame Massnahmen zu treffen, um Rechtsverletzungen zu verhindern bzw. zu bekämpfen.¹¹⁰⁵ Nachfolgend sollen daher Vorschläge erarbeitet werden, wie die beschriebenen Rechtsverletzungen von betroffenen Kindern mit der Diagnose DSD verhindert werden können.

¹¹⁰¹ So auch KOLBE, 154 f.

¹¹⁰² Zum Massstab der Urteilsfähigkeit mit Bezug auf minderjährige Patienten vgl. Ausführungen unter Rz. 2.22 ff.

¹¹⁰³ Beispielsweise anerkannte das EGMR die Pflicht des Staates zur Änderung von Ausweispapieren einer Person, die sich einer Geschlechtsoperation unterzogen hatte Urteil des EGMR B. gegen France (Nr. 13343/87) vom 25. März 1992, Urteil des EGMR Christine Godwin gegen United Kingdom vom (Nr. 28957/95) 11. Juli 2002, Ziff. 76 ff.; vgl. dazu auch STUDER/COPUR, 57 f.

¹¹⁰⁴ Illustrativ hierfür Entscheid des Obergerichts Zürich (NC090012/U) vom 1. Februar 2011 E. 4.1 ff. Das Gericht hatte sich in dieser Entscheid mit den Voraussetzungen der rechtlichen Anpassung eines Geschlechterwechsels im Rahmen eines Gesuchs um Änderung des Personenstandes auseinanderzusetzen. Allg. zur staatlichen Schutzpflicht: MÜLLER/SCHEFER, 74 ff.

¹¹⁰⁵ STUDER/COPUR, 53, 63; Nationale Ethikkommission, Ethische Fragen zur «Intersexualität», 14.

1. Revision der Zivilstandsverordnung?

Wie einleitend dargestellt, ist das geltende Recht auf die bipolare Geschlechterordnung ausgerichtet. Die Geburt eines Kindes ist mit der Pflicht verbunden, den Personenstand sowie das Geschlecht des Kindes innerhalb von drei Tagen beim zuständigen Zivilstandsamt zu melden.¹¹⁰⁶ Auch Kindern mit der Diagnose DSD muss somit innerhalb der ersten Stunden ihres Lebens entweder das weibliche oder männliche Geschlecht zugeordnet werden. Diese erzwungene rechtliche Kategorisierung des Geschlechts leistet einen wesentlichen Beitrag dazu, dass intersexuelle Menschen in ihren Rechten zur Verwirklichung der Persönlichkeit verletzt werden. Um dieser Problematik der Geschlechterfixierung in der Rechtsordnung zu begegnen, werden auf rechtspolitischer Ebene verschiedene Möglichkeiten zur Veränderung der rechtlichen Situation diskutiert. Die Bandbreite der Stossrichtungen reicht von der völligen Abschaffung der Geschlechtskategorien über die Einführung einer dritten Kategorie¹¹⁰⁷ oder eines provisorischen Geschlechts bzw. dem Belassen der bisherigen zwei Geschlechterkategorien mit erleichterten Änderungsmöglichkeiten des Geschlechtereintrages.¹¹⁰⁸ 6.98

Nach der hier vertretenen Ansicht, ist die Variante der Einführung einer Kategorie «provisorisches Geschlecht» zu favorisieren. Aus verfassungs- und völkerrechtlicher Sicht ist es stossend, dass ein Kind, das weder als klar männlich noch als klar weiblich bezeichnet werden kann, aus rein formalrechtlichen oder registerrechtlichen Gründen entgegen der biologischen Wahrheit eingetragen wird.¹¹⁰⁹ Die Entscheidung darüber, welchem Geschlecht ein Kind mit der Diagnose DSD zuzuordnen ist, muss aufgeschoben werden, bis dieses selbst darüber entscheiden kann.¹¹¹⁰ Betroffene Kinder sind daher nach der Geburt entsprechend der Entscheidung der Eltern, bloss vorläufig dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zuzuordnen. Wichtig ist allerdings, dass 6.99

¹¹⁰⁶ Art. 8 lit. d und Art. 35 ZStV.

¹¹⁰⁷ In Deutschland werden Kinder, die weder dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugeordnet werden können nach § 22 Abs. 2 des Personenstandsgesetzes ohne Geschlechtsangabe in das Geburtenregister eingetragen.

¹¹⁰⁸ Nationale Ethikkommission, Ethische Fragen zur «Intersexualität», 15 f.; KOLBE, 179 ff.; CHRISTENSEN, Intersexualität, Rz. 86 ff.; BÜCHLER/COTTIER, 115, 130 ff.; WERLEN, Geschlecht, 1319, 1330 ff.; ROTHÄRMEL, Intersexualität, 274, 284 ff.

¹¹⁰⁹ Anders: Nationale Ethikkommission, Ethische Fragen zur «Intersexualität», 15, welche an den bisherigen zwei Geschlechterkategorien festhält, jedoch erleichterte Änderungsmöglichkeiten vorsehen möchte.

¹¹¹⁰ So auch WERLEN, Geschlecht, 1319, 1330; ROTHÄRMEL, Intersexualität, 274, 284; a.M. BÜCHLER/COTTIER, 115, 131 f., welche für die Abschaffung der personenstandsrechtlichen Kategorie Geschlecht plädieren.

diese «vorläufige Zuordnung» als vertrauliche Information hinterlegt und nur einem beschränkten Personenkreis zugänglich gemacht wird. Die Hinterlegung müsste konkret in einer Form erfolgen, die es dem Betroffenen erlaubt, später eine unkomplizierte Anpassung zu verlangen. Wäre diese «vorläufige Zuordnung» demgegenüber allen Personen, die sich mit Zivilstandsdaten befassen zugänglich (z.B. für ID, Pass, Einwohnerkontrolle, Familienbüchlein, etc.), müsste dies wiederum als ungerechtfertigten Eingriff in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 2 BV gewertet werden.

- 6.100 Durch diese Vorgehensweise wird betroffenen Menschen die Gelegenheit gegeben, die Entwicklung ihrer Geschlechtsidentität und Geschlechtsrolle abzuwarten. Die weiteren Vorteile dieses Konzepts liegen in der Vereinfachung des Geschlechtseintrages. Betroffene Personen werden von der Last befreit, die Berichtigung des Geschlechtseintrages gerichtlich zu beantragen und in diesem Zusammenhang den Beweis zu erbringen, dass der ursprüngliche Eintrag nicht den biologischen Gegebenheiten entsprochen hat. Indem die Unklarheit des Geschlechts rechtlich normiert wird, besteht zudem die Chance, dass die gesellschaftliche Tabuisierung und Stigmatisierung von Kindern und Erwachsenen mit DSD entschärft werden kann. Dieses veränderte gesellschaftliche Bewusstsein kann auch bei betroffenen Eltern und in der Medizin zu einem entlasteteren Umgang mit der Diagnose DSD führen. Geschlechtszuweisende Operationen im Kleinkindalter verlieren einen Grossteil ihrer Berechtigung, wenn nicht entschieden werden muss, welchem Geschlecht das Kind zuzuordnen ist. Wird das Phänomen der Intersexualität demgegenüber in der Rechtsordnung nicht aufgegriffen, findet das erwünschte Umdenken in der Gesellschaft nicht statt. Dadurch besteht nach wie vor die Problematik der Ausgrenzung, Diskriminierung und medizinischen Pathologisierung.¹¹¹¹
- 6.101 Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass gewichtige Gründe für die Revision der Zivilstandsverordnung, im Sinne der Einführung einer Kategorie «provisorisches Geschlecht» sprechen. Dieser provisorische Eintrag hat bestehen zu bleiben, bis sich die betroffene Person selbst für das weibliche oder männliche Geschlecht entschieden hat.

2. Zur Anwendbarkeit straf- oder spezialrechtlicher Verbotsbestimmungen

- 6.102 Geschlechtszuweisende ärztliche Behandlungen und Operationen sind schwerwiegende Eingriffe in die körperliche Integrität von Betroffenen.¹¹¹² Die Operationen an äusseren und inneren Geschlechtsorganen sowie die oftmals langfristigen hormonellen Behandlungen lassen sich hinsichtlich der

¹¹¹¹Dazu ausführlich CHRISTENSEN, Intersexualität, Rz. 94.

¹¹¹²Nationale Ethikkommission, Ethische Fragen zur «Intersexualität», 8 f.

Eingriffsintensität und den Folgen mit strafrechtlichen Körperverletzungsdelikten und spezialrechtlichen Verbotsbestimmungen vergleichen. Zu nennen ist die schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB), das Verbot der weiblichen Genitalverstümmelung (Art. 124 StGB) sowie das spezialgesetzliche Verbot der Sterilisation an Minderjährigen (Art. 3 Sterilisationsgesetz).¹¹¹³ Daher stellt sich die Frage, ob die zur Diskussion stehenden ärztlichen Eingriffe nach dem geltenden Recht bereits unter Strafe gestellt sind bzw. welche Ergänzungen vorgenommen werden müssten, um Betroffene zu schützen.

Mit dem Verbot der weiblichen Genitalverstümmelung nach Art. 124 StGB werden explizit Mädchen und Frauen vor genitalverstümmelnden Massnahmen geschützt. Diese Bestimmung lässt sich nicht auf den Umgang mit geschlechtszuweisenden oder geschlechtsanpassenden Operationen übertragen. Zum einen erfolgt die Zuordnung zum männlichen oder weiblichen Geschlecht erst durch die Operation, weshalb fraglich ist, ob und zu welchem Zeitpunkt von einem weiblichen Geschlecht auszugehen ist. Zum anderen liegt das männliche Geschlecht nicht im Schutzbereich der Bestimmung. Zudem lassen sich hormonelle Behandlungen, welche nach geschlechtsanpassenden Eingriffen angeordnet werden, nicht unter die Bestimmung subsumieren. Aus dem Gesetzestext müsste des Weiteren hervorgehen, dass medizinisch nicht indizierte geschlechtszuweisende und geschlechtsanpassende Operationen auf Wunsch von urteilsfähigen Betroffenen zulässig sind. Nach dem Gesagten müssten diverse Anpassungen des Art. 124 StGB vorgenommen werden, um betroffenen Kindern einen umfassenden Schutz zu gewährleisten. Alles in allem ist daher eine Ergänzung bzw. Anpassung von Art. 124 StGB zu umständlich und daher ungeeignet. 6.103

Dem Straftatbestand der schweren Körperverletzung (Art. 122 StGB) macht sich strafbar, «wer vorsätzlich den Körper, ein wichtiges Organ oder Glied einer Person verstümmelt oder ein wichtiges Organ oder Glied unbrauchbar macht». Die Entfernung der Keimdrüsen (Gonadektomie) sowie die operative Veränderung der äusseren Geschlechtsorgane (Vaginalplastiken, Penisoperationen)¹¹¹⁴ sind als schwerwiegende Eingriffe in die körperliche Integrität zu werten und entsprechen einer Verstümmelung oder Unbrauchbarmachung eines wichtigen Organs im Sinne von 6.104

¹¹¹³ Vgl. Ausführungen unter Rz. 6.75 ff.

¹¹¹⁴ Zu den operativen Behandlungsmöglichkeiten vgl. Ausführungen unter Rz. 6.64 ff.

Art. 122 Abs. 2 StGB.¹¹¹⁵ Weniger invasive Eingriffe, wie beispielsweise hormonelle Behandlungen, werden von Art. 122 Abs. 2 StGB nicht erfasst. Daher vermag auch diese Norm betroffenen Kindern mit der Diagnose DSD keinen ausreichenden Schutz zu bieten. Im Übrigen ist in Erinnerung zu rufen, dass eine stellvertretende Einwilligung in eine schwere Körperverletzung gerechtfertigt sein kann, wenn diese im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen liegt bzw. einen vernünftigen Zweck verfolgt.¹¹¹⁶ Nach der hier vertretenen Ansicht, ist das Recht zur Einwilligung in ärztliche Behandlungen und Operationen bei Kindern mit der Diagnose DSD der Vertretung jedoch nicht zugänglich.¹¹¹⁷

- 6.105 Das Sterilisationsgesetz verbietet Sterilisationen an Minderjährigen.¹¹¹⁸ Geschlechtszuweisende Eingriffe an Minderjährigen lassen sich nun allerdings nicht abschliessend unter den formalrechtlichen Begriff der Sterilisation nach Art. 2 des Sterilisationsgesetzes einordnen. Zum einen führen nicht sämtliche, zur Verfügung stehenden geschlechtszuweisenden Behandlungen zum Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit.¹¹¹⁹ Zum anderen wären geschlechtszuweisende oder geschlechtsanpassende Operationen, die zugleich die Fortpflanzungsunfähigkeit zur Folge haben, an über 16-jährigen, dauernd Urteilsunfähigen bei Vorliegen der kumulativen Voraussetzungen nach Art. 7 des Sterilisationsgesetzes trotzdem zulässig.¹¹²⁰ Wie festgehalten, sind geschlechtsanpassende oder geschlechtszuweisende ärztliche Behandlungen den absolut höchstpersönlichen Rechten zuzuordnen und damit vertretungsfeindlich.¹¹²¹
- 6.106 Anhand der vorangehenden Ausführungen zeigt sich, dass es wenig Sinn macht, an den erwähnten gesetzlichen Bestimmungen Anpassungen vorzunehmen. Wann medizinische Eingriffe an Kindern mit Varianten der Geschlechtskörperentwicklung unzulässig sein sollen und unter welchen Voraussetzungen die beschriebenen Eingriffe für beschränkt zulässig zu

¹¹¹⁵ Die Entfernung der Gonaden ist als Sterilisation zu qualifizieren. Vgl. dazu Nationale Ethikkommission, Ethische Fragen zur «Intersexualität», 8 f.; im Übrigen sind die operativen Veränderungen der äusseren Geschlechtsorgane in der Regel mit dem Verlust der sexuellen Empfindungsfähigkeit verbunden. Manipulationen an den Genitalien und eine Sterilisation ohne rechtsgültige Einwilligung widersprechen den gesetzlichen Vorgaben von Art. 122 Abs. 2 StGB. Vgl. dazu CHRISTENSEN, Intersexualität, Rz. 50 f.

¹¹¹⁶ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 6.5 ff.

¹¹¹⁷ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 6.73 ff.

¹¹¹⁸ Art. 3 Sterilisationsgesetz unter Vorbehalt von Art. 7 Sterilisationsgesetz.

¹¹¹⁹ KOLBE, 140 f.

¹¹²⁰ Art. 7 Sterilisationsgesetz.

¹¹²¹ Vgl. Ausführungen unter Rz. 6.75 ff.

erachten sind, bedarf einer spezifischen Regelung im Strafrecht.¹¹²² Die Strafnorm müsste minimal Folgendes beinhalten:

«Wer Behandlungen und Operationen, die die Umwandlung, Unterdrückung oder Entfernung von inneren oder äusseren Geschlechtsorganen zum Ziel haben durchführt, ohne dass es hierfür eine medizinische Indikation gibt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagsätzen bestraft.»¹¹²³

3. Zustimmung durch ein Aufsichtsgremium oder eine gerichtliche Genehmigungsinstanz?

Vor jedem geschlechtszuweisenden ärztlichen Eingriff könnte zum Schutz von betroffenen Kindern – in Analogie zum Sterilisationsgesetz¹¹²⁴ – die Zustimmung einer Aufsichtsbehörde oder einer gerichtlichen Genehmigungsinstanz verlangt werden. Zusätzlich oder als alleinige Voraussetzung könnte die Zuziehung einer klinischen Ethikkommission vorgeschrieben sein.¹¹²⁵ Die genannten Vorschläge beinhalten den grossen Nachteil, dass letztlich – wenn auch nicht die Eltern – trotzdem Dritte und nicht die Betroffenen selbst über geschlechtszuweisende Eingriffe entscheiden.¹¹²⁶ Liegt keine medizinische Indikation für den geschlechtszuweisenden Eingriff vor, darf nur die betroffene Person selbst darüber entscheiden. Genehmigungspflichten führen daher nicht zum Ziel. Prüfwert und geeignet erscheint die Zustimmung durch eine Genehmigungsinstanz oder ein Aufsichtsgremium lediglich bei umstrittener medizinischer Indikation. 6.107

¹¹²² Vgl. dazu KOLBE, 203 ff.

¹¹²³ Die Analogie zum Strafmass der weiblichen Genitalverstümmelung nach Art. 124 StGB bietet sich an, da die Folgen einer geschlechtszuweisenden ärztlichen Behandlung oder Operation mit denjenigen der weiblichen Genitalverstümmelung vergleichbar sind. Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 6.102 f.

¹¹²⁴ Sterilisationen an über 16-jährigen dauernd Urteilsunfähigen sind neben anderen Voraussetzungen zulässig, wenn die KESB ihre Zustimmung erteilt (Art. 7 i.V.m. Art. 8 Sterilisationsgesetz).

¹¹²⁵ MATT, 144, 146.

¹¹²⁶ So auch CHRISTENSEN, Intersexualität, Rz. 92 f.; KOLBE, 204 ff., welche im Übrigen auch den Vorschlag eines Moratoriums ablehnt.

4. Staatliche Unterstützung von interdisziplinären Behandlungszentren

- 6.108 Die im 20. Jahrhundert verfolgte Praxis, wonach Kindern mit Varianten der Geschlechtskörperentwicklung möglichst früh ein Geschlecht operativ zugewiesen wurde, ist nicht nur rechtswidrig sondern ethisch bedenklich. Durch die gewachsene Kritik Betroffener ist das Verständnis für die schwerwiegenden Auswirkungen auf die Betroffenen sowohl in der Medizin als auch in der Gesellschaft gewachsen. Die Forderungen der Nationalen Ethikkommission zum Aufbau von interdisziplinären Kompetenzzentren zur professionellen Betreuung, Beratung und Begleitung von betroffenen Kindern und deren nächsten Familienangehörigen, sind daher sinnvoll und begrüssenswert.¹¹²⁷
- 6.109 Die Arbeit in interdisziplinären Kompetenzzentren bietet Gelegenheit, die bislang fehlenden repräsentativen Studien¹¹²⁸ von nicht bzw. nicht invasiv behandelten Kindern mit der Diagnose DSD zu erheben. Durch die so gewonnenen Erkenntnisse und den Erfahrungsaustausch unter den nationalen und internationalen Kompetenzzentren wird es möglich, betroffenen Kindern und Erwachsenen langfristig gesehen evidenzbasierte Beratungsangebote zur Verfügung zu stellen. Die fokussierte und fachspezifische Betreuung eröffnet die Möglichkeit, einheitliche, gesamtschweizerische Behandlungsstandards auszuarbeiten. In diesen Standards sollten die erhöhten Anforderungen an die ärztlichen Informations- und Aufklärungspflichten konkretisiert und der langfristigen interdisziplinären Beratung und Betreuung von betroffenen Kindern und deren Familien ein besonderer Stellenwert eingeräumt werden. Die Berücksichtigung dieser Grundsätze leistet einen wesentlichen Beitrag, um das Selbstbestimmungsrecht und die körperliche Integrität betroffener Kinder zu schützen.

V. Fazit

- 6.110 Ärztliche Behandlungen und geschlechtsanpassende bzw. geschlechtszuweisende Operationen, die aus medizinischen Gründen nicht erforderlich sind und die ohne Einwilligung der betroffenen Person erfolgen, sind aus zivil-, straf- sowie verfassungs- und völkerrechtlicher Sicht abzulehnen. Derartige Eingriffe widersprechen den Interessen und dem Wohl von betroffenen Kindern und Jugendlichen. Die Behandlungen haben einen elementaren Bezug zur betroffenen Person, weshalb nur diese allein über derartige Eingriffe zu entscheiden vermag. Werden geschlechtszuweisende Behandlungen ohne Einwilligung der Betroffenen durchgeführt, liegt sowohl eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB als auch eine schwere

¹¹²⁷Nationale Ethikkommission, Ethische Fragen zur «Intersexualität», 19 f.

¹¹²⁸Nationale Ethikkommission, Ethische Fragen zur «Intersexualität», 19 f.

Körperverletzung nach Art. 122 StGB vor. Verfassungs- und völkerrechtlich gesehen, verletzen die operativen Eingriffe und hormonellen Behandlungen zur Herbeiführung von eindeutigen Geschlechtsmerkmalen das Recht auf selbstbestimmte Geschlechtsidentität (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 8 EMRK), das Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) und das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV sowie Art. 2 KRK).

Entsprechend ist der Staat in der Wahrnehmung seiner staatlichen Schutzpflicht 6.111 aufgefordert, die Vorkehrungen zum Schutz betroffener Kinder in die Wege zu leiten. Um betroffenen Menschen die Möglichkeit zu geben, die Entwicklung ihrer Geschlechtsidentität abzuwarten, erweist es sich als sinnvoll, die Zivilstandsverordnung durch die Einführung einer Kategorie «provisorisches Geschlecht» zu revidieren. Durch diese rechtliche Normierung der Unklarheit des Geschlechts besteht die Chance, die gesellschaftliche Tabuisierung und Stigmatisierung aufzubrechen und eine öffentliche Diskussion zum Umgang mit Kindern mit DSD auszulösen.

Geschlechtszuweisende Eingriffe an urteilsunfähigen Minderjährigen sind von 6.112 der Eingriffsintensität vergleichbar mit dem Straftatbestand der schweren Körperverletzung (Art. 122 StGB), dem Verbot weiblicher Genitalverstümmelung (Art. 124 StGB) sowie dem spezialgesetzlichen Verbot der Sterilisation an Minderjährigen (Art. 3 Sterilisationsgesetz). Da sich diese Bestimmungen jedoch unzureichend auf geschlechtszuweisende Eingriffe an Minderjährigen anwenden lassen, bedarf es auch für derartige Eingriffe eine Verbotsbestimmung. Hierbei geht es im Wesentlichen um eine Verdeutlichung und um eine Sichtbarmachung der Problematik, um einen konkreten Auftrag an die Strafverfolgungsbehörden und ein Warnsignal an Ärzte und Eltern. Erst dadurch wird es möglich, betroffenen Kindern und Jugendlichen einen vollumfänglichen Schutz zu gewährleisten. Im Übrigen ist der Staat aufgefordert, den Aufbau interdisziplinärer Kompetenzzentren zur professionellen Betreuung, Beratung und Begleitung von Kindern und Jugendlichen mit der Diagnose DSD und deren nächsten Familienangehörigen zu unterstützen.

7. Teil: Zusammenfassende Thesen

Es ist bekannt, dass die Meinungen weit auseinandergehen was die konkrete Ausübung der elterlichen Sorge betrifft. Wenn in die Rechte der Eltern eingegriffen wird, ist dies – sofern das Fehlverhalten der Eltern nicht offensichtlich ist – in der Regel höchst umstritten. Mit besonderer Deutlichkeit zeigt sich diese Problematik in gesundheitlichen Fragestellungen und im Rahmen von medizinischen Behandlungen des Kindes. Die medizinische Indikation bildet ein wesentliches Kriterium zur Erörterung der Grenzen elterlichen Handelns. In Grenzbereichen der Medizin empfiehlt sich allerdings eine konsensuale Entscheidungsfindung zwischen Arzt/Behandlungsteam und Eltern.¹¹²⁹ Kann aus medizinischer Sicht nicht abschliessend gesagt werden, ob ein Behandlungsbeginn oder eine Behandlungsweiterführung sinnvoll ist, sind die persönlichen Lebensumstände des Kindes sowie die elterlichen Ressourcen angemessen in die Beurteilung einzubeziehen. Die konsensuale Entscheidungsfindung ist zwar im Recht der elterlichen Sorge nicht explizit vorgesehen, doch kann dieser Weg in Grenzbereichen der Medizin der Verwirklichung des Kindeswohls dienen.

7.1

Durch die Entwicklungen der Medizin werden die Übergänge zwischen Behandlungen *lege artis* und Behandlungen, die verlässliche, allerdings noch nicht systematisch erprüfte Evidenzen aufweisen (sog. individuelle Heilversuche), fließend. Bei dieser Sachlage drängt sich eine Anpassung des elterlichen Ermessensspielraums auf.¹¹³⁰ So entspricht der Grundsatz, wonach Eltern einem individuellen Heilversuch an ihrem Kind zwar zustimmen können, hierzu jedoch nicht verpflichtet sind, nicht voraussetzungslos den Interessen des Kindes. Vielmehr sollte der elterliche Ermessensspielraum umso kleiner sein, je mehr verlässliche Evidenzen über die Wirksamkeit und Sicherheit einer Behandlung vorliegen.

7.2

Heikle Fragen zu den Grenzen elterlichen Handelns ergeben sich des Weiteren bei medizinischen Eingriffen rein drittnütziger Natur, wie beispielsweise bei Forschungsprojekten ohne direkten Nutzen und der Entnahme regenerierbarer Gewebe oder Zellen an urteilsunfähigen Minderjährigen. Eltern, die derartige Eingriffe an ihrem urteilsunfähigen Kind dulden, handeln grundsätzlich nicht nach den Grundsätzen des elterlichen Vertretungsrechts. Wie in der vorliegenden Arbeit aufgezeigt wurde, kann die Frage nach den Grenzen elterlichen Handelns nicht rein zivilrechtlich beurteilt werden. Vielmehr ist im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Prüfung eine Verhältnismässigkeits-

7.3

¹¹²⁹ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.73 ff.

¹¹³⁰ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.99 ff.

prüfung vorzunehmen.¹¹³¹ Obwohl ein kategorischer Ausschluss derartiger Eingriffe unverhältnismässig ist, verbleiben Diskussionspunkte. Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang namentlich das Solidaritätsinteresse und das Vetorecht von urteilsunfähigen Minderjährigen. Ebenso zu klären ist, welches Mass an Risiken und Belastungen einer einwilligungsunfähigen Person bei derartigen Eingriffen zugemutet werden darf.

- 7.4 Durch die Totalrevision des GUMG sollte u.a. die Frage geklärt werden, ob und falls ja unter welchen Voraussetzungen genetische Untersuchungen ausserhalb des medizinischen Bereichs an Urteilsunfähigen durchgeführt werden dürfen. Indem der Gesetzgeber genetische Untersuchungen an Urteilsunfähigen grundsätzlich nur zum Schutz ihrer Gesundheit für zulässig erklärt, solche Untersuchungen indessen gleichzeitig an Urteilsunfähigen zur Abklärung besonders schützenswerter Eigenschaften ausserhalb des medizinischen Bereichs (wie beispielsweise für sog. Lifestyle Untersuchungen) zulässt, verbleiben Widersprüche.¹¹³² Die Einwilligung in genetische Untersuchungen zur Abklärung von persönlichen Eigenschaften (Charakter, Verhalten, Vorlieben und Talenten) ist den absolut höchstpersönlichen Rechten zuzuordnen, weshalb derartige Untersuchungen an Urteilsunfähigen grundsätzlich nicht – und damit auch nicht auf Veranlassung von Ärzten – durchgeführt werden dürfen. Daher ist auf die Entwurfsbestimmung von Art. 32 Abs. 2 VE GUMG zu verzichten.
- 7.5 Die Bundesverfassung sowie auch internationale Abkommen auferlegen dem Staat die Pflicht, Rechte und Interessen von Kindern sowie auch der Eltern zu achten und zu schützen. Wird das Kindeswohl durch die sorgeberechtigten Eltern verletzt oder gefährdet, hat der Staat in Wahrnehmung seiner Schutzpflichten einzugreifen. Das zivilrechtliche Kindesschutzsystem ist darauf ausgerichtet, erst dann einzugreifen, wenn Eltern nicht willens oder nicht in der Lage sind, drohende oder bestehende Gefährdungen des Kindeswohls abzuwenden. Wie sich im Rahmen der Untersuchung gezeigt hat, sollte der Staat zu einem wesentlichen Teil darauf fokussiert sein, möglichst frühzeitig und professionell, dafür mit mildereren Massnahmen zu agieren.
- 7.6 Bei einem Eingreifen der KESB geht es neben dem Schutz des Kindes auch um den Einbezug der Eltern. Wenn immer möglich sollte deren Kooperation bzw. mindestens ansatzweise ein Verständnis für die behördlichen Eingriffe angestrebt werden. Eine frühzeitige Intervention beinhaltet, dem Einzelfall angepasste Anordnungen zu treffen und den vom Gesetzgeber durch Art. 307 Abs. 3 ZGB definierten Rahmen zu nutzen. Die Schwelle für informelle Beratungsgespräche ist möglichst tief anzusetzen, je nach Situation auch zu einem Zeitpunkt, in dem die Voraussetzungen zur Eröffnung eines

¹¹³¹ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.110 ff.

¹¹³² Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 2.139 ff.

zivilrechtlichen Kindesschutzverfahrens (noch) nicht vorliegen. Zur Konfliktdeeskalation sind frühzeitig und in einem klar definierten Zeitrahmen strukturierte und engmaschig betreute Beratungsangebote zur Verfügung zu stellen.¹¹³³ Auch bei einschneidenderen Kindesschutzmassnahmen ist Massschneidung angesagt. So sind bei getrennt lebenden Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge einseitige punktuelle Beschränkungen des Vertretungsrechts (wie etwa für gesundheitliche Fragestellungen des Kindes) oder der einseitige Entzug der elterlichen Sorge zu prüfen.

Muss das elterliche Aufenthaltsbestimmungsrecht zum Schutz der gesundheitlichen Bedürfnisse eines Kindes oder Minderjährigen aufgehoben werden, stellen sich verschiedene Abgrenzungsfragen. Während eine kurze und zeitlich begrenzte Abklärung bei einem Arzt oder in einem Spital auf Basis einer Weisung nach Art. 307 ZGB durchgeführt werden kann, ist für eine längere oder unbefristete Abklärung das elterliche Aufenthaltsbestimmungsrecht (Art. 310 ZGB) zu entziehen. Nicht geklärt ist indessen, ab welchem voraussichtlichen Zeitrahmen von einer kürzeren oder längeren Abklärung auszugehen ist.¹¹³⁴ Im Übrigen ergeben sich Abgrenzungsfragen zur fürsorgerischen Unterbringung nach Art. 426 ff. ZGB. Wie sich gezeigt hat, lassen sich die Bestimmungen des Erwachsenenschutzes nicht voraussetzungslos auf das Kindesschutzverfahren anwenden.¹¹³⁵ Fraglich ist insbesondere, wie der Begriff der geschlossenen Einrichtung nach Art. 314b ZGB auszulegen ist. Klärungsbedürftig ist des Weiteren, ob bei einer fürsorgerischen Unterbringung eines Minderjährigen zugleich das elterliche Aufenthaltsbestimmungsrecht zu entziehen ist. Sind im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung eines urteilsunfähigen Minderjährigen medizinische Massnahmen erforderlich, ergeben sich Fragen zu Vertretungsentscheidungen. 7.7

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist die geltende Praxis, derzufolge es den Kantonen freigestellt ist einen KESB-Pikettdienst einzurichten, problematisch. Diese Handhabung widerspricht dem Willen des Gesetzgebers, wonach die KESB im Bedarfsfall vorsorgliche und bei besonderer Dringlichkeit superprovisorische Massnahmen anzuordnen hat. Daher ist es unausweichlich, die Kantone auf Bundesebene zu verpflichten, einen KESB Pikettdienst einzurichten.¹¹³⁶ 7.8

Die selbstständige Anfechtbarkeit von superprovisorischen Anordnungen im Sinne von Art. 445 Abs. 3 ZGB wird in der Lehre und Rechtsprechung 7.9

¹¹³³ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 3.20 ff.

¹¹³⁴ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 3.46 ff.

¹¹³⁵ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 3.50 ff.

¹¹³⁶ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 3.88 ff. und Rz. 5.10 ff.

abgelehnt. Die Lehre erachtet es als problematisch, da sich dadurch dieselbe Rechtsmittelbehörde mehrfach mit derselben Streitsache zu befassen habe. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird die selbstständige Anfechtbarkeit von superprovisorischen Anordnungen als entbehrlich angesehen, da Betroffene durch die im Gesetz vorgesehene Anhörung und den zeitnahen Entscheid der vorsorglichen Massnahme ausreichend geschützt seien.¹¹³⁷ Der beschriebenen Zurückhaltung von Lehre und Rechtsprechung kann nicht voraussetzungslos gefolgt werden. Obwohl das Rechtsschutzinteresse der fraglichen Beschwerde mit Erlass der vorsorglichen Massnahme automatisch entfällt, kann diese Tatsache nicht dazu verwendet werden, um die Beschwerdemöglichkeit bei superprovisorischen Massnahmen als überflüssig zu bezeichnen. Gibt es Verzögerungen im vorsorglichen Massnahmeverfahren, so ist es insbesondere bei Anordnungen im Kinderschutz – die nicht selten mit einschneidenden Anordnungen verbunden sind – unverhältnismässig, den Betroffenen kein Rechtsmittel zur Verfügung zu stellen.

- 7.10 Gleichwohl gibt es Einzelfälle, in denen der Entscheid der KESB zwingend direkt zu vollziehen ist. Dies rechtfertigt sich dann, wenn die Interessen an einem sofortigen Vollzug gegenüber den Interessen an einer rechtsstaatlichen Überprüfung der Rechtslage überwiegen. Zu denken ist in diesem Zusammenhang an lebensnotwendige medizinischen Behandlungen oder Behandlungen, bei denen sich eine zeitliche Verzögerung für die minderjährige Person in einem gesundheitlichen Nachteil auswirkt. Bei derartigen Anordnungen ist einer allfälligen Beschwerde stets die aufschiebende Wirkung zu entziehen.¹¹³⁸
- 7.11 Ärzte übernehmen eine Schlüsselverantwortung bei der Frühwahrnehmung von Gefährdungen oder Risikosituationen von Kindern. Durch die vorgesehene Revision der zivilrechtlichen Melderegelungen im Kinderschutzrecht sollen Ärzte gesamtschweizerisch einheitlich einem erleichterten Melderecht ohne zwingende Entbindung vom Amts- und Berufsgeheimnis unterstellt werden.¹¹³⁹ Obwohl der Gesetzesentwurf hinsichtlich dieser Zielsetzung grundsätzlich begrüssenswert ist, folgt daraus nicht automatisch und ohne weitere Bemühungen ein verbesserter Kinderschutz. Der Gesetzesentwurf basiert auf der Annahme, dass Ärzte einschätzen können, wann drohende Gefährdungen bzw. bereits bestehende gesundheitliche Beeinträchtigungen von Kindern ein Zuziehen der KESB erforderlich machen. Um dieser Verantwortung gewachsen zu sein, sind Ärzte auf allen Stufen der Aus-, Weiter-, und Fortbildung für die medizinische Kinderschutzarbeit zu sensibilisieren. Gleichzeitig sind Handlungsabläufe zu klären.

¹¹³⁷ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 3.92 ff.

¹¹³⁸ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 3.97 ff.

¹¹³⁹ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 4.20 ff.

- Die im Gesetzesentwurf zur Revision der Melderegungen im Kinderschutz vorgesehene Erweiterung der Meldepflicht auf private Fachpersonen ist demgegenüber abzulehnen.¹¹⁴⁰ Sie beinhaltet eine nicht zu unterschätzende Gefahr der Pönalisierung. Die Konsequenzen der vorgesehenen Mitteilungspflicht für private Fachpersonen sind nicht zu unterschätzen. Es ergeben sich heikle Abgrenzungsfragen zwischen strafbarem und straflosem Unterlassen. Dies wiederum könnte zur Folge haben, dass – aus Sicherheitsgründen – vermehrt unbegründete Gefährdungsmeldungen erstattet werden. Verfügt die KESB nicht über die nötigen Ressourcen um diese Mehrzahl von Gefährdungsmeldungen zu bearbeiten, ist davon auszugehen, dass bei unbefriedigenden Erfahrungen mit der KESB, insbesondere bei zeitlichen Verzögerungen, in der Folge auf entsprechende Meldungen verzichtet wird. Dies wiederum bewirkt das Gegenteil, das mit der Gesetzesrevision angestrebt werden wollte. 7.12
- Obwohl die Bemühungen von spitalinternen Kinderschutzgruppen bei der Früherfassung von gefährdeten Kindern zur Sachverhaltsabklärung beitragen können, ist das Vorgehen aus zivil- und strafprozessualer Sicht heikel. Zu denken ist in diesem Zusammenhang insbesondere an sog. Erstbefragungen von Kindern bei einem Verdacht auf einen sexuellen Missbrauch.¹¹⁴¹ Um den in Art. 314a Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 446 Abs. 2 ZGB beschriebenen Voraussetzungen der Delegation zu genügen, darf eine ebensolche Befragung eines Kindes nur nach Rücksprache und Beauftragung durch die KESB durchgeführt werden. Wird diese Aufgabe in einem Kanton mehrheitlich delegiert, drängt es sich auf, die Zusammenarbeit im kantonalen Recht umfassend zu umschreiben. Unabdingbare Voraussetzung ist allerdings, dass die beauftragten Stellen über Spezialkenntnisse und langjähriges Erfahrungswissen in der Erstbefragung von Kindern verfügen. 7.13
- Im Unterschied zu den Verfahrensbestimmungen des Kindesschutzrechts ist der Strafprozessordnung keine Rechtsgrundlage zu entnehmen, wonach Erstbefragungen an spitalinterne Kinderschutzgruppen delegiert werden dürften. Ein Einbezug einer Fachperson mit kinderpsychologischen Kenntnissen und Erfahrungen im Umgang mit kindlichen Opfern aus der spitalinternen Kindesschutzgruppe ist in Berücksichtigung der in Art. 154 Abs. 4 lit. d StPO normierten Voraussetzungen demgegenüber nicht ausgeschlossen. Das durch die Befragung entstandene Videomaterial darf nur bei Einhaltung der Beweiserhebungsregeln der StPO verwertet werden. Werden die Aussage- und Zeugnisverweigerungsrechte sowie auch die Teilnahmerechte der beschuldigten Person nicht wie in der StPO vorgesehen gewahrt, ist das Videomaterial grundsätzlich unverwertbar (sog. absolute Unverwertbarkeit). Die Folgen sind 7.14

¹¹⁴⁰ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 4.27 ff.

¹¹⁴¹ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 5.47 ff.

für einen derartigen Fall in der Regel fatal, da die Aussage des Opfers oftmals das einzige Beweismaterial ist. Damit zeigt sich, dass für die beschriebene Befragung des Kindes spezifische strafprozessuale Kenntnisse, ein professionelles Vorgehen und Erfahrungswissen unabdingbar sind.

- 7.15 Die Handlungsabläufe zur Früherfassung von gefährdeten Kindern im Spital, in der privaten Kinderarztpraxis, an Schulen oder bei der Sozialhilfe variieren von Kanton zu Kanton. Insofern sind die Kantone ihrem auf Art. 317 ZGB beruhenden Auftrag, die zweckmässige Zusammenarbeit der Behörden und Stellen des zivilrechtlichen Kindesschutzes, des Jugendstrafrechts und der übrigen Jugendhilfe durch geeignete Vorschriften zu sichern, nicht bzw. sehr unterschiedlich nachgekommen.¹¹⁴² Um Abläufe und Verfahren zu klären ist eine zweckmässige Zusammenarbeit zwischen der KESB, der Staatsanwaltschaft, den Stellen der kantonalen und kommunalen Kinder- und Jugendhilfe sowie auch den Sozialhilfebehörden aufzubauen. Gleichzeitig sind die Kantone zu verpflichten, die Kindeschutzarbeit zum Leistungsauftrag eines Spitals zu zählen. Zur Umsetzung dieser Ziele müsste die parlamentarische Initiative «Verfassungsgrundlage für ein Bundesgesetz über die Kinder- und Jugendförderung sowie über den Kinder- und Jugendschutz» angenommen werden. Erst dadurch erlangt der Bund die Rechtsgrundlage, die Kantone zu konkreten Aktivitäten im Bereich des Kindesschutzes zu verpflichten.
- 7.16 Die Entwicklungen der Medizin, die zunehmende Gewichtung der Autonomie des Patienten sowie der steigende Kostendruck im Gesundheitswesen führen auch bei der Behandlung minderjähriger Patienten zu Wertekonflikten, die sich mittels überkommener Entscheidungsprozesse nur unzureichend lösen lassen. Ethische Fallbesprechungen sollen in diesen Situationen ein systematisches Vorgehen unterstützen und die Nachvollziehbarkeit des Entscheidungsprozesses ermöglichen. Bei Zuziehung ethischer Unterstützung sind die ärztliche Geheimhaltungs-, Aufklärungs- und Dokumentationspflicht sowie auch die ärztliche Sorgfaltspflicht den besonderen Umständen anzupassen.¹¹⁴³ Überdies sind ethische Fallbesprechungen nicht dafür gedacht, um Rechtsfragen zu klären. Da bislang keine fundierten wissenschaftlichen Erkenntnisse über die Arbeit von klinischen Ethikberatungen vorliegen, ist es an der Zeit, die Qualität ethischer Beratungen zu evaluieren. Kann deren Effizienz nachgewiesen werden, sind gesundheitliche Organisationen zu verpflichten, infrastrukturelle, organisatorische und personelle Ressourcen zur Verfügung zu stellen, um ethische Fallbesprechungen zu ermöglichen.
- 7.17 Nicht indizierte medizinische Behandlungen an urteilsunfähigen Kindern, wie rein ästhetische Eingriffe oder geschlechtszuweisende Operationen im

¹¹⁴² Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 5.86 ff.

¹¹⁴³ Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 5.104 ff.

Kleinkindesalter sind aus zivil-, straf- sowie verfassungs- und völkerrechtlicher Sicht abzulehnen.¹¹⁴⁴ Im Zusammenhang mit geschlechtszuweisenden Operationen ist es unabdingbar, den von DSD betroffenen Kindern die Möglichkeit zu geben, die Entwicklung ihrer Geschlechtsidentität und Geschlechtsrolle abzuwarten.¹¹⁴⁵ Zur Umsetzung dieser Bestrebungen erweist es sich in einem ersten Schritt als sinnvoll, die Zivilstandsverordnung durch die Einführung einer Kategorie «provisorisches Geschlecht» zu revidieren. Des Weiteren sind geschlechtszuweisende Eingriffe, die medizinisch nicht indiziert sind und ohne Einwilligung der betroffenen Person erfolgen, unter Strafe zu stellen. Im Übrigen ist der Staat aufgefordert, den Aufbau interdisziplinärer Kompetenzzentren zur professionellen Betreuung von Kindern und Jugendlichen mit DSD und deren nächsten Familienangehörigen zu fördern.

¹¹⁴⁴Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 6.4 ff.

¹¹⁴⁵Vgl. dazu Ausführungen unter Rz. 6.73 ff.

Sachregister

Die Verweise beziehen sich auf die Randziffern.

A

Absolut höchstpersönliche Rechte
siehe «höchstpersönliche Rechte»

Anhörung des Kindes 3.70 ff.

Ärztliche Aufklärung 2.17

im Rahmen ethischer
Fallbesprechungen 5.108 ff.

bei ästhetischen Eingriffen an
Minderjährigen 6.39 ff.

Ärztliche Auskunft- und
Informationspflicht 2.37 ff.

Ärztliche Meldepflichten 4.13 ff.

kantonale Meldepflichten 4.17 ff.

nachträgliche ärztliche
Meldepflicht 5.4 f.

Revision der Melderegungen im
Kindesschutz 4.22 ff.

Ärztliche Melderechte 4.11 ff.

Revision der Meldeberechtigung
im Kindesschutz 4.20 ff.

Ärztliche Sorgfaltspflicht 4.35 ff.

bei etablierter medizinischer
Behandlung 4.38 ff.

bei «off-label-use» Behandlungen
4.42 ff.

bei experimentellen
Heilbehandlungen 4.46 f.

Ärztliche Therapiefreiheit 2.97 ff.

Ärztliches Berufsgeheimnis 4.3 ff.

versus ärztliche Melderechte/
pflichten 4.3 ff.

im Rahmen ethischer
Fallbesprechungen 5.105 ff.

Ästhetische Eingriffe an
Minderjährigen 6.13 ff.

ärztliches Verantwortungs-
bewusstsein 6.55 ff.

Behandlungsvertrag 6.48 ff.

Einwilligungsfähigkeit 6.45 ff.

Eingriffe an urteilsunfähigen
Minderjährigen 6.47

Aussetzung 3.115 ff.

B

Behandlungsabbruch 2.74 ff.

Behandlungsplan 5.119

Behandlungsvertrag 2.43 ff.

Vertragsabschluss durch die Eltern
2.45 ff.

Vertragsabschluss durch
urteilsfähige Minderjährige 2.51 ff.

Benachrichtigung 2.34 ff.

Beistandschaft *siehe*
«Kindesschutzmassnahmen»

Blutstammzellen *siehe*
«Transplantation von
Blutstammzellen»

D

Diagnose 5.40 ff.

Diagnosestellung 5.40 ff.

Diagnose, vorläufige 5.45

Verdachtsdiagnose 5.45

E

Einwilligung in medizinische
Heilbehandlungen 2.12 ff.

Einwilligungsrecht/
Einwilligungspflicht 2.103 ff.

stellvertretende Einwilligung
2.11 ff.

stellvertretende Einwilligung eines
Elternteils 2.31 ff.

stellvertretende Einwilligung bei
gemeinsamer elterlicher Sorge
2.31 ff.

stellvertretende Einwilligung bei
geteilter elterlicher Sorge 2.34 ff.

Urteilfähigkeit und Einwilligung
2.24 ff.

Einwilligung in nicht therapeutische
Eingriffe 6.10 ff.

Elterliche Sorge 2.5 ff.

Beschränkung der elterlichen Sorge
3.35 ff.

einseitige Beschränkung der
elterlichen Sorge 3.59 ff.

Entzug der elterlichen Sorge
3.58 ff.

Entzug der elterlichen Sorge in
gesundheitlichen Belangen 3.36 ff.

gemeinsame elterliche Sorge
2.31 ff.

geteilte elterliche Sorge 2.34 ff.

punktueller Beschränkung der
elterlichen Sorge 3.40 ff.

Elterliches Vertretungsrecht 2.2 ff.

im Zivilrecht 2.5 ff.

im Rahmen medizinischer
Heilbehandlungen 2.69 ff.

in Grenzbereichen der Medizin
*siehe «Kindeswohl in
Grenzbereichen der Medizin»*

in «off-label-use» Behandlungen
2.96 ff.

bei Forschungsprojekten an
Kindern 2.106 ff.

bei genetischen Untersuchungen an
Minderjährigen 2.131 ff.

allgemeine Grenzen elterlicher
Vertretungsrechte in der Medizin
2.66 ff.

Elternhaftung *siehe «Haftung der
Eltern»*

Entscheidungsfindung

in Grenzbereichen der Medizin
2.73 ff.

Eltern als Entscheidungsträger
2.74 ff.

Ärzte als Entscheidungsträger
2.77 ff.

konsensuale Entscheidungsfindung
2.80 ff.

Ermahnung und Weisung *siehe
«Kindeschutzmassnahmen»*

Erziehungsrecht der Eltern 2.2 ff.

Erziehungsaufsicht *siehe
«Kindeschutzmassnahmen»*

Etablierte medizinische Behandlung
siehe «medizinischer Standard»

- Ethische Fallbesprechungen 5.96 ff.
- ärztliche Aufklärungspflicht 5.108 ff.
 - ärztliche Sorgfaltspflicht und ethische Fallbesprechungen 5.113 ff.
 - rechtliche Überlegungen 5.104 ff.
 - Transparenz und Nachvollziehbarkeit 5.116 ff.
- Experimentelle Heilbehandlung 2.98
- F**
- Fremdbestimmung 2.11 ff., 6.4
- Forschungsprojekte mit Kindern 2.106 ff.
- Abgrenzung zur ärztlichen Therapiefreiheit 2.99 ff.
 - Rechtfertigungsgründe zur Forschung ohne individuellen Nutzen 2.110 ff.
- Fürsorgerische Unterbringung
- Abgrenzung zur Aufhebung des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts 3.50 ff.
- G**
- Gemeinsame elterliche Sorge siehe *«elterliche Sorge»*
- genetische Untersuchungen an Minderjährigen 2.131 ff.
- diagnostische genetische Untersuchung 2.129 ff.
 - präsymptomatische genetische Untersuchung 2.129 ff.
 - stellvertretende Einwilligung 2.133 f.
- Gefährdung des Kindeswohls 2.134 ff.
- zur Totalrevision des GUMG 2.139 ff.
- geschlechtszuweisende Eingriffe an Minderjährigen 6.59 ff.
- Begriffliches 6.61 ff.
- Behandlungsmöglichkeiten 6.64 ff.
 - Massnahmen zum Schutz des Kindes 6.97 ff.
 - Rechtslage 6.71 ff.
- Grenzen elterlicher Vertretungsrechte siehe *«elterliche Vertretungsrechte»*
- Grenzbereiche der Medizin 1.22 ff.
- Abbruch von lebenserhaltenden Massnahmen in Grenzbereichen der Medizin 2.73 ff.
- H**
- habituelle Urteilsunfähigkeit siehe *«Urteilsunfähigkeit»*
- Haftung der Eltern 3.129 ff.
- Haftung der KESB 3.101 ff.
- Handlungsfähigkeit 2.16 ff.
- Heilversuche 2.98
- experimenteller Heilversuch 2.98, 4.46 ff.
 - individueller Heilversuch 2.98, 4.42 ff.
 - systematischer Heilversuch 2.98, 2.106 ff.
- Höchstpersönliche Rechte 2.16 ff.
- absolut höchstpersönliche Rechte 2.16 f., 2.151 ff.

- Kriterien für die Zuordnung
2.152 ff.
- relativ höchstpersönliche Rechte
2.16 f.
- I**
- Individueller Heilversuch *siehe*
Heilversuche
- Indizierte Behandlung *siehe*
«medizinische Indikation»
- informelle Beratungsgespräche *siehe*
«Kindesschutzmassnahmen»
- institutionelle ethische Verantwortung
5.119 ff.
- K**
- kasuelle Urteilsunfähigkeit *siehe*
«Urteilsunfähigkeit»
- Kindesschutz in der Pädiatrie 4.1 ff.
- Kindes- und
Erwachsenenschutzbehörde
- Pikettdienst 5.9 ff.
- stellvertretende Einwilligung im
 Rahmen von medizinischen
 Heilbehandlungen 5.8 ff.
- vorsorgliche Anordnungen 3.88 ff.
- Kindesschutzmassnahmen 3.10 ff.
- Aufhebung des elterlichen
 Aufenthaltsbestimmungsrechts
 3.45 ff.
- Abgrenzung zur fürsorgerischen
 Unterbringung *siehe dort*
- Beistandschaft 3.31 ff.
- Erziehungsbeistandschaft 3.32 ff.
- Übertragung besonderer
Befugnisse 3.33 ff.
- Beschränkung der elterlichen Sorge
3.35
- einseitige Beschränkung 3.40 ff.
- Eingriffsvoraussetzungen 3.10 ff.
- Entzug der elterlichen Sorge
3.58 ff.
- Geeignete Massnahmen 3.19 ff.
- angeordnete Beratung 3.23 ff.
- Beratung, Begleitung, Ermahnung
 3.20 ff.
- Ermahnungen und Weisungen
 3.25 ff.
- Erziehungsaufsicht 3.27 f.
- informelle Beratungsgespräche
 3.20
- Pflichtmediation 3.29 ff.
- Kindesschutzsystem der Schweiz
3.2 ff.
- freiwillige Kindes- und Jugendhilfe
 3.5
- strafrechtlicher Kindesschutz 3.5,
 3.106 ff.
- zivilrechtlicher Kindesschutz 3.5,
 3.9 ff.
- Kindesvertreter 3.76 ff.
- Kindeswohl allgemein 2.8 ff.
- in gesundheitlichen
 Fragestellungen 2.68 ff.
- in Grenzbereichen der Medizin
 2.73 ff.
- Gefährdung des Kindeswohls
 3.10 ff.
- Konkretisierungsmonopol 2.10

konsensuale Entscheidungsfindung
siehe «Entscheidungsfindung»

Körperverletzungsdelikte 2.12 f.,
3.121 ff.

M

Massnahmeverfahren siehe
«vorsorgliche Massnahmen»

Mediation siehe
«Kindesschutzmassnahmen»

Medizinisch ethische Richtlinien der
SAMW siehe «Soft law»

Medizinisch nicht indizierte Eingriffe
an Minderjährigen 6.2 ff.

ästhetische Eingriffe 6.13 ff.

geschlechtszuweisende
Behandlungen und Operationen
6.59 ff.

Medizinische Indikation 2.12, 2.68 ff.

Medizinischer Standard 4.38 ff.

Melderechte / Meldepflichten

für Ärzte siehe «ärztliche
Melderechte»/«ärztliche
Meldepflichten»

Revision der Melderegelungen im
Kindesschutz 4.20 ff.

Medizinischer Kindesschutz 5.15 ff.

uneinheitliche Kindesschutzarbeit
5.35 ff.

Motion Aubert 4.19 ff.

N

Neonatologie 1.22 ff., 2.73 ff.,

O

Off label use

Abgrenzung zur Forschung 2.99
ärztliche Sorgfaltspflicht im «off-
label-use» Bereich 4.42 ff.

Begriff 2.97 ff.

P

Partizipationsrechte siehe «Veto- und
Partizipationsrechte»

Persönlichkeitsverletzung 2.12 ff.

R

relativ höchstpersönliche Rechte siehe
«höchstpersönliche Rechte»

S

Selbstbestimmung 2.17 f., 6.5 ff.

Soft law 2.81 ff.

spitalinterne Kindesschutzgruppen
5.16 ff.

Erstbefragung und
Videodokumentation 5.47 ff.

fachärztliche Empfehlungen
5.30 ff.

nationale Statistik 5.20 ff.

rechtliche Rahmenbedingungen
5.28 ff.

Statistik des Kinderspitals Zürich
5.23 ff.

Handlungsbedarf 5.83 ff.

zuziehen von Drittpersonen zur
Sachverhaltsabklärung 5.80 ff.

juristische Grenzbereiche 5.38 ff.

- zweckmässige Zusammenarbeit 5.85 ff.
- staatliche Fürsorgepflicht 3.1 ff.
- Standesordnung der Verbindung der Schweizerischen Ärztinnen und Ärzten siehe «*Soft law*»
- Stellvertretende Einwilligung *siehe* «*Einwilligung in medizinische Heilbehandlungen*»
- Sterilisationen an Minderjährigen 2.146 ff.
- Strafrechtlicher Kinderschutz 3.106 ff.
- superprovisorische Anordnungen *siehe* «*vorsorgliche Massnahmen im Kinderschutzverfahren*»
- systematische Heilversuche *siehe* «*Heilversuche*»
- T**
- Transplantationen 2.116 ff.
- an minderjährigen Patienten 2.117 ff.
- von Blutstammzellen 2.119 ff.
- Interessenkonflikt 2.121 f.
- Vetorecht des Kindes 2.124 ff.
- psychosoziale Effekte 2.125 f.
- U**
- Urteilsfähigkeit 2.19 ff.
- allgemein 2.16, 2.19 ff.
- Alterskategorien 2.24 f.
- bei nicht therapeutischen Eingriffe *siehe* «*Einwilligung in nicht therapeutische Eingriffe*»
- von minderjährigen Patienten *siehe* «*Einwilligung in medizinische Heilbehandlungen*»
- Urteilsunfähigkeit
- habituelle Urteilsunfähigkeit 2.29 f.
- kasuelle Urteilsunfähigkeit 2.29 f.
- V**
- Verantwortlichkeit der Eltern *siehe* «*Haftung der Eltern*»
- Verantwortlichkeit der KESB «*siehe Haftung der KESB*»
- Verletzung von Fürsorge und Erziehungspflichten 3.107 ff.
- Vernachlässigungen 1.16 f., 5.20 ff.,
- Veto- und Partizipationsrechte
- bei Forschungsprojekten an Kindern 2.107 ff.
- bei genetischen Untersuchungen an urteilsunfähigen Minderjährigen 2.138
- bei Transplantation von Geweben und Zellen 2.124 ff.
- urteilsunfähiger minderjähriger Patienten 2.38 ff.
- Vorsorgliche Massnahmen im Kinderschutz 3.88 ff.
- Superprovisorische Anordnungen 3.88 ff.
- Rechtsmittel 3.92 ff.
- Z**
- zivilrechtlicher Kinderschutz 3.9 ff.