

Andrea Büchler
Ingeborg Schwenzer

HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER
ANDREA BÜCHLER
MICHELLE COTTIER

Achte Schweizer Familienrecht§Tage

28./29. Januar 2016
in Zürich



Stämpfli Verlag

www.schriftenreihe.fampra.ch

Am 28./29. Januar 2016 fanden in Zürich die nunmehr bereits Achten Schweizer Familienrecht§Tage statt. Die vorliegende Publikation enthält die vier Plenumsreferate und Kommentare aus der Praxis sowie Unterlagen, Materialien und Ergebnisse der insgesamt zehn Arbeitskreise.

Entsprechend der Zielsetzung der Schweizer Familienrecht§Tage stand auch in diesem Jahr ein dreifacher Ansatz im Vordergrund: die gegenseitige Durchdringung von Wissenschaft und Praxis, die Interdisziplinarität von Familienfragen und die grenzüberschreitende Betrachtung.

Themen der Referate sind die Rolle der Kinder und Jugendlichen als Patientinnen und Patienten aus rechtlicher und medizinischer Sicht, die alternierende Obhut in der Schweiz aus zwei verschiedenen Blickwinkeln und ausgewählte Bundesgerichtsentscheide aus dem Jahr 2015 in Familiensachen. Bei den Arbeitskreisen standen in diesem Jahr neben vermögensrechtlichen (Arbeitskreise 2, 3 und 7) auch erwachsenenschutzrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten (Arbeitskreis 4) und elternrechtliche Fragen (Arbeitskreis 9) im Vordergrund. Gegenstand ausführlicher Erörterung waren zudem Erfahrungen mit dem neuen Recht der elterlichen Sorge (Arbeitskreis 1), Scheidung und Sozialrecht (Arbeitskreise 8 und 10) sowie das Familienverfahrensrecht (Arbeitskreis 6) und das Eherecht in Zusammenhang mit KMU (Arbeitskreis 5).

Andrea Bächler
Professorin an der Universität Zürich

Ingeborg Schwenzer
Professorin an der Universität Basel

Achte Schweizer Familienrecht\$Tage

28./29. Januar 2016 in Zürich



Stämpfli Verlag

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2016

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter www.staempfliverlag.com erhältlich.

ISBN E-Book 978-3-7272-5957-9

ISBN Print 978-3-7272-2871-1

ISBN Judocu 978-3-0354-1347-2



Editorial

Am 28./29. Januar 2016 fanden in Zürich die nunmehr bereits Achten Schweizer Familienrecht§Tage statt. Die vorliegende Publikation enthält die vier Plenumsreferate und Kommentare aus der Praxis sowie Unterlagen, Materialien und Ergebnisse der insgesamt zehn Arbeitskreise.

Entsprechend der Zielsetzung der Schweizer Familienrecht§Tage stand auch in diesem Jahr ein dreifacher Ansatz im Vordergrund: die gegenseitige Durchdringung von Wissenschaft und Praxis, die Interdisziplinarität von Familienfragen und die grenzüberschreitende Betrachtung.

Themen der Referate sind die Rolle der Kinder und Jugendlichen als Patientinnen und Patienten aus rechtlicher und medizinischer Sicht, die alternierende Obhut in der Schweiz aus zwei verschiedenen Blickwinkeln und ausgewählte Bundesgerichtsentscheide aus dem Jahr 2015 in Familiensachen. Bei den Arbeitskreisen standen in diesem Jahr neben vermögensrechtlichen (Arbeitskreise 2, 3 und 7) auch erwachsenenschutzrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten (Arbeitskreis 4) und elternrechtliche Fragen (Arbeitskreis 9) im Vordergrund. Gegenstand ausführlicher Erörterung waren zudem Erfahrungen mit dem neuen Recht der elterlichen Sorge (Arbeitskreis 1), Scheidung und Sozialrecht (Arbeitskreise 8 und 10) sowie das Familienverfahrensrecht (Arbeitskreis 6) und das Eherecht in Zusammenhang mit KMU (Arbeitskreis 5).

Mit dem vorliegenden Tagungsband hoffen die Herausgeberinnen nicht nur den Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Achten Schweizer Familienrecht§Tage eine schriftliche Dokumentation an die Hand geben zu können, sondern allen Interessierten, die an der Teilnahme der Tagung verhindert waren, deren Ergebnisse zugänglich zu machen.

Für die Erstellung des Tagungsbandes danken wir ganz herzlich Dr. iur. Orsolya Fercsik Schnyder und Suzan Can, BLaw.

Zürich, im Juli 2016

Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M.

Prof. Dr. Andrea Büchler

Inhaltsverzeichnis

<i>Ingeborg Schwenzer/Andrea Büchler</i> : Editorial	V
Abkürzungsverzeichnis	IX

Referate

<i>Margot Michel/Christoph Rutishauser</i> : Kinder und Jugendliche als Patientinnen und Patienten – Ein Beitrag aus rechtlicher und medizin-ethischer Sicht	3
<i>Hildegund Sinderhauf</i> : Alternierende Obhut in der Schweiz	33
<i>Heidi Simoni</i> : Die alternierende Obhut – Betreuungsmodelle vom Kind her denken: teilhaben dürfen statt wechseln müssen	77
<i>Nicolas von Werdt</i> : Ausgewählte Bundesgerichtsentscheide aus dem Jahr 2015 in Familiensachen	91

Arbeitskreise

Arbeitskreis 1: <i>Yvo Biderbost/Linus Cantieni</i> : Erste Erfahrungen mit dem neuen Recht der elterlichen Sorge	137
Arbeitskreis 2: <i>Alexandra Jungo/Gian Brändli</i> : Liegenschaften in der güterrechtlichen Auseinandersetzung	153
Arbeitskreis 3: <i>Christine Arndt/Paul Langner</i> : Neuere Entwicklungen im Recht des nachehelichen Unterhalts in guten finanziellen Verhältnissen	177
Arbeitskreis 4: <i>Christiana Fountoulakis/Jan Bangert</i> : Instrumente der eigenen Vorsorge	203
Arbeitskreis 5: <i>Peter Liatowitsch/Andrea Hodel</i> : Eherecht und KMU	225

Arbeitskreis 6: <i>Roland Fankhauser/Mattias Dolder: Stolpersteine und Fallstricke im Familienverfahrensrecht</i>	239
Arbeitskreis 7: <i>Annette Spycher/Daniel Bähler: Reform des Kindesunterhaltsrechts</i>	255
Arbeitskreis 8: <i>Joachim Schreiner/Jonas Schweighauser: Hochstrittige Scheidungen in interdisziplinärer Sicht – was hilft (noch)?</i>	283
Arbeitskreis 9: <i>Luca Maranta/Karin Meyer: Inwieweit sind Elternvereinbarungen rechtlich beständig?</i>	291
Arbeitskreis 10: <i>Myriam Grütter/Jean-Luc Rioult: Scheidung in knappen finanziellen Verhältnissen unter Einbezug des Sozialrechts</i>	313

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
a.M.	andere Meinung
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AG	Amtsgericht
AHV	Alters- und Hinterbliebenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)
AHVV	Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (SR 831.101)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AmtlBull NR	Amtliches Bulletin des Nationalrats
AmtlBull StR	Amtliches Bulletin des Ständerats
Anh.	Anhang
art.	article
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1)
Aufl.	Auflage
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20)
BaslerKomm	Basler Kommentar
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BernerKomm	Berner Kommentar
betr.	betreffend
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGBB	Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (SR 211.412.11)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (SR 173.110)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar

BL	Basel-Landschaft
BMI	Body-Mass-Index
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 8. Dezember 1998 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)
BVV 2	Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (SR 831.441.1)
bzw.	beziehungsweise
c.	contre
ca.	circa
CAN	Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung
CC	Code civil bzw. Codice civile
CEDAW	Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women
CEO	Chief Executive Officer
CFPG	Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
ComRom	Commentaire Romand
CPC	Code de procédure civile suisse
CPR	Cardio-Pulmonale-Reanimation
dgl.	dergleichen
d.h.	das heisst
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
Diss.	Dissertation
DANN	deoxyribonucleic acid
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
E	Entwurf
E.	Erwägung
EF	Ehefrau
EG	kantonales Einführungsgesetz (gefolgt vom betreffenden Gesetz)
EG	Eigentum
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Eidg.	Eidgenössisch

X

Einl.	Einleitung
EKF	Eidgenössische Kommission für Frauenfragen
EL	Ergänzungsleistungen
ELG	Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 6. Oktober 2006 (SR 831.30)
ELV	Verordnung über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 15. Januar 1971 (SR 831.301)
EM	Ehemann
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) (SR 0.101)
Err	Errungenschaft
ErsatzF	Ersatzforderung
Erw.	Erwägung
EschG	Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz, Deutschland)
ESR	Erwachsenenschutzrecht
et al.	et alteri
etc.	et cetera
evtl.	eventuell
F	Frau
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
FamKomm	Familienrechtskommentar
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FamZG	Bundesgesetz über die Familienzulagen (Familienzulagengesetz) vom 24. März 2006 (SR 836.2)
FMedG	Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz) vom 18. Dezember 1998 (SR 810.11)
Fn.	Fussnote
FPR	Familie Partnerschaft Recht, Zeitschrift für die Anwaltspraxis
Fr.	Schweizer Franken
FZG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.42)
geb.	geboren
gem.	gemäss
gg.	gegen
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag

HandKomm	Handkommentar
h.L.	herrschende Lehre
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (SR 221.411)
Hrsg.	Herausgeber, Herausgeberin
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinn
i.K.	in Kraft
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
INR	Institut für Notariatsrecht
IPR	Internationales Privatrecht
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20)
IVV	Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (SR 831.201)
j	Ja
Jg.	Jahrgang
Kap.	Kapitel
KassG	Kassationsgericht
KESB	Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
KESR	Kindes- und Erwachsenenschutzrecht
KGer	Kantonsgericht
KIB	Kinder im Blick
Kita	Kindertagesstätte
KOKES	Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenschutz
KV	Krankenversicherung
lit.	litera
M	Mann
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
min.	mindestens
Mio.	Million
MiW	Minderwert
MW	Mehrwert

MWSTG	Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer vom 12. Juni 2009 (SR 641.20)
n	Nein
N	Randnummer, Note
njus	Zeitschrift
NK	Nebenkosten
No./no.	Number/numéro
Nr.	Nummer
NR	Nationalrat
o.	oder
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
RA	Rechtsanwalt
REPRAX	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht
rev.	revidiert
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SchlT	Schlusstitel
SG	St.Gallen
SG	Systematische Gesetzessammlung
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SKOS	Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe
sog.	sogenannt(e/er/es)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TREX	Der Treuhandexperte
u.a.	unter anderem
u.Ä.	und Ähnliche(s)
u.E	unseres Erachtens
u.U.	unter Umständen
UN / UNO	United Nations Organization

UN-KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (SR 0.107)
usw.	und so weiter
v.	von; versus
v.a.	vor allem
VBVV	Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft vom 4. Juli 2012 (SR 211.223.11)
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
WEF	Wohneigentumsförderung
WEL	Wegleitung über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
ZK	Zürcher Kommentar
ZKE	Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz
ZKJ	Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe
z. L.	zu Lasten
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
z. Zt.	Zur Zeit

Referate

Kinder und Jugendliche als Patientinnen und Patienten – Ein Beitrag aus rechtlicher und medizin-ethischer Sicht¹

Margot Michel, Prof. Dr. iur., Assistenzprofessorin an der Universität Zürich²

*Christoph Rutishauser, Dr. med., Leitender Arzt Adoleszentenmedizin am
Universitäts-Kinderspital Zürich*

Stichwörter: *Medizinische Heilbehandlung, Heilversuch, Medikalisierung, Urteilsfähigkeit, Selbstbestimmungsrecht, Kinderschutz, Medizin, Ethik, Anorexie, Übergewicht, Partizipation.*

Inhaltsverzeichnis

I. Ein gewichtiges Problem	4
II. Perspektiven auf die Problematik: Recht, Medizin und Ethik	5
III. Die Perspektive des Rechts	7
1. Medizinische Behandlungen: Begriffsklärungen	7
2. Die rechtliche Qualifikation der Heilbehandlung nach schweizerischem Recht	10
2. Der internationale Rechtsrahmen	13
3. Urteilsfähigkeit	14
4. Urteilsfähige Kinder und Jugendliche	17
5. Urteilsunfähige Kinder und Jugendliche	20
6. Partizipation	24
7. Recht konkret: Welche Folgerungen für Philipps Problem?	25
IV. Die Perspektive der Medizin	26
1. Medizinisch-ethische Komplexität von ärztlichen Entscheidungen	26
a) Kindeswohl	26
b) Ethische Aspekte	28
c) Urteilsfähigkeit	28
d) Zwangsbehandlung	29

-
- 1 Der vorliegende Beitrag ist eine mit Fussnoten und einigen zusätzlichen Gedanken erweiterte Fassung der am 28. Januar 2016 im Rahmen der 8. Schweizerischen Familienrecht§Tagen in Kooperation gehaltenen Vorträge von Margot Michel und Christoph Rutishauser. Dabei wurde versucht, die unterschiedlichen Perspektiven von Recht und Medizin bzw. Medizinethik auf die Problematik der medizinischen Behandlung von Kindern und Jugendlichen deutlich zu machen.
- 2 Für den anregenden Austausch und wertvolle Hinweise bedanke ich mich bei Dr. iur. Linus Cantieni, RA, Präsident Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Kreis Bülach Süd.

I. Ein gewichtiges Problem

Philipp war 9,5 Jahre alt, als er von seinem Kinderarzt einer Universitätskinderklinik zugewiesen wurde.³ Grund der Zuweisung war Philipps extreme Adipositas: Bei einer Körpergrösse von 149 Zentimeter wog er bereits 98 Kilogramm, was einem Body-Mass-Index von 44 kg/m² entspricht.⁴ Das extreme Übergewicht zeitigte gefährliche Auswirkungen auf den kindlichen Körper: Trotz seines jungen Alters wies Philipp schon alle Anzeichen eines sogenannten metabolischen Syndroms auf. Dazu gehören ein erhöhter Blutdruck, ein erhöhter Blutzucker mit Insulinresistenz und erhöhte Blut-Fettwerte. Dies bedeutete für Philipp ein erhöhtes Risiko für vorzeitigen Herzinfarkt oder Hirnschlag bereits in jüngerem Erwachsenenalter. Philipps Eltern waren beide ebenfalls extrem adipös. Sowohl Philipp als auch seine Mutter gerieten bei der geringsten Anstrengung in Atemnot. Die Frage, die sich für das Behandlungsteam stellte, war rasch formuliert, aber schwierig zu beantworten: Welche Therapie kann Philipp helfen?

Zunächst wurde ein stationärer Aufenthalt in einer Rehabilitationsklinik für Kinder und Jugendliche in der Schweiz versucht. Ziel des stationären Aufenthalts war die Einleitung einer Ernährungsumstellung und die sorgfältige Heranführung von Philipp an vermehrte körperliche Aktivität. Philipp selbst war von diesem Aufenthalt nicht begeistert, aber er sah die Notwendigkeit der stationären Behandlung ein. Die Eltern waren leider mit der Behandlung schon nach wenigen Tagen unzufrieden und befürchteten, dass Philipp überfordert bzw. dass ihm zu viel zugemutet würde. Anlass dafür war zum Beispiel, dass Philipp als Teil der Behandlung altersangemessene Aktivitäten wie die Schuhe binden selber verrichten musste, weil auch dies bereits der Förderung der körperlichen Aktivität diene. Nach nur zwei Wochen stationärer Therapie holten die Eltern Philipp wegen dieser Differenzen gegen die ausdrückliche Empfehlung der behandelnden Ärztinnen und Ärzte wieder nach Hause.

Weil Philipp zuhause weiter an Gewicht zunahm, erfolgte seitens des behandelnden Kinderarztes eine Meldung an die örtlich zuständige Kinderschutgruppe und in der Folge eine Gefährdungsmeldung zuhanden der damals zuständigen Vormundschaftsbehörde. Diese errichtete eine Beistandschaft für Philipp nach Art. 308 ZGB. Daraufhin wurde ein weiterer Behandlungsversuch in die Wege geleitet, diesmal in einer Rehabilitationsklinik in Süddeutschland, welche übergewichtige

³ Namen und Daten dieses und der weiteren Fälle wurden soweit verändert, dass die Patientinnen und Patienten nicht mehr erkennbar sind. Die Schilderung dieses und der weiteren Fälle beruht allerdings auf den klinischen Erfahrungen von Dr. med. Christoph Rutishauser.

⁴ Der Body-Mass-Index (BMI) ist eine Masseinheit, bei welcher das Gewicht auf die Grösse bezogen wird. Für Philipps Alter und Grösse entspricht das Übergewicht einem BMI von $\geq 19 \text{ kg/m}^2$, die Adipositas (Fettleibigkeit) einem BMI von $\geq 21 \text{ kg/m}^2$ und eine extreme Adipositas einem BMI von $\geq 23 \text{ kg/m}^2$.

Kinder zusammen mit ihren Eltern zur Behandlung aufnimmt. Die Bemühungen des Behandlungsteams waren jedoch auch während dieser stationären Therapie wenig erfolgreich. Die Mutter zeigte weiterhin ein protektives Verhalten, welches verschiedene therapeutische Bemühungen des Behandlungsteams zunichte machte. Es wurde deshalb befürchtet, dass Philipp nach Entlassung aus der Klinik zuhause erneut einen ungünstigen Gewichtverlauf zeigen würde und die gesundheitlichen Probleme weiter zunehmen würden. Dies sollte sich im weiteren Verlauf bestätigen: Im Alter von 13 Jahren wurde Philipp erneut in der Universitätskinderklinik vorgestellt. In der Zwischenzeit war sein Gewicht auf 171 Kilogramm bei einer Körpergrösse von nun 164 Zentimeter geklettert. Der Body-Mass-Index lag zu diesem Zeitpunkt bei 63 kg/m². Bei dieser dramatischen Situation sprach sich die Kindesmutter für eine bariatrische Operation aus: Ein Teil vom Magen und Darm sollte entfernt bzw. funktionsuntüchtig gemacht werden mit dem Ziel, die Verdauungsfunktion so einzuschränken, dass weniger Nahrungsbestandteile in den Blutkreislauf und damit den Körper aufgenommen werden. Diese Operation ist irreversibel. Bei Kindern und Jugendlichen sind mögliche negative Folgen dieses Eingriffs besonders sorgfältig abzuwägen, zum Beispiel ein ungünstiger Verlauf von Wachstum und Entwicklung aufgrund der möglichen Mangelernährung. Auch sind die Langzeitfolgen eines so grossen Eingriffs bei einem Jugendlichen noch nicht restlos geklärt. Philipp selbst war nach Einschätzung der behandelnden Ärztinnen und Ärzte für diese weitreichende Entscheidung noch nicht urteilsfähig. Die einberufene Helfersitzung mit Vertretern aus der Medizin, der Kinderschutzgruppe sowie der damaligen Vormundschaftsbehörde kam zum Schluss, dass die von der Mutter gewünschte bariatrische Operation abzulehnen sei.

Die Vormundschaftsbehörde entschloss sich nun zu einem (damals noch altrechtlichen) Obhutsentzug. Philipp wurde zunächst in einer psychosomatisch ausgerichteten Station einer Kinderklinik platziert. Während des dreimonatigen Aufenthalts verlor Philipp dort 15 Kilogramm an Gewicht. Er konnte sich gut in die Behandlung einfinden. Im Anschluss an den stationären Klinikaufenthalt wurde Philipp mit Blick auf die ungünstige Verlaufsprognose zu Hause in einem Jugendheim platziert. In den nächsten zwei Jahren nahm er dort weiter ab und erreichte ein Gewicht von 119 Kilogramm. Total hatte er damit bis zu diesem Zeitpunkt 53 Kilogramm an Gewicht verloren. Wie Philipp derzeit zu seinem Aufenthalt im Jugendheim steht, ist nicht bekannt.

II. Perspektiven auf die Problematik: Recht, Medizin und Ethik

Die sehr eindrückliche Schilderung von Philipps Schicksal und seinem Weg hin zu einem annähernd normalen Gewicht enthält bereits viele Aspekte, die im Schnittbereich zwischen Medizin, Medizinethik und Recht so herausfordernd sind

und einen intensiven Dialog zwischen diesen Disziplinen erfordern. Auf sie wird näher einzugehen sein. An dieser Stelle sollen jedoch zunächst nur einige Stichworte herausgegriffen werden, die in diesem Kontext von besonderem Interesse sind.

Erstens ist die Kindeswohlgefährdung zu erwähnen und die Problematik, wie sie definiert werden kann und soll. Dabei stellt sich die Frage, welche objektiven und subjektiven Parameter zu berücksichtigen und wie sie zu gewichten sind. Damit verbunden stellt sich zweitens die Frage nach dem Kindeswillen und der Urteilsfähigkeit bei minderjährigen Patientinnen und Patienten. Sie ist im Zusammenhang mit chronischen Erkrankungen und elektiven, irreversiblen oder risikoreicheren Eingriffen wie etwa einer Teilentfernung von Magen und Darm besonders drängend. Drittens ist die Frage der Rolle der Eltern im Behandlungsdreieck zwischen Eltern, Kind und Arzt von besonderer Relevanz. Aus rechtlicher Sicht sind hier die Möglichkeiten zentral, die bestehen, wenn Eltern – aus welchen Gründen auch immer – nicht dazu beitragen oder ihre Absichten nicht erfolgreich sind, die Kindeswohlgefährdung zu verringern oder aufzuheben. Viertens sind die Option, die Kindesschutzbehörde zu involvieren, und der Massnahmenfächer, der ihr zur Verfügung steht, zu erwähnen. Das Spektrum an Kindesschutzmassnahmen ist weit: Es reicht von blossen Mahnungen über die Errichtung einer Beistandschaft bis zum Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts und der Platzierung eines Kindes. In diesem Kontext muss immer gefragt werden, welche dieser möglichen Massnahmen überhaupt sinnvoll und zielführend sein könnte. Und schliesslich muss das Spannungsverhältnis berücksichtigt werden, das besteht zwischen dem Selbstbestimmungsrecht von urteilsfähigen Jugendlichen im medizinischen Bereich und der Möglichkeit der Anordnung von Kindesschutzmassnahmen zur Durchsetzung auch recht weitgehender Verhaltensänderungen.

Diese Stichworte skizzieren die zentralen Problempunkte, die sich aus juristischer Perspektive stellen. Allerdings muss der rechtliche Rahmen für die medizinische Behandlung von Kindern und Jugendlichen im klinischen Alltag gefüllt und gelebt werden. Es würde deshalb deutlich zu kurz greifen, bei einer blossen Darstellung dieses rechtlichen Rahmens stehen zu bleiben. Vielmehr ist es notwendig, auch die ärztliche Perspektive einzubeziehen, um die Frage zu klären, wo sich der Rahmen bewährt und gut lebbar ist, wo er zusätzliche Fragen aufwirft und wo Ermessens- und Entscheidungsspielräume bestehen. Dabei wird zweierlei deutlich: Der rechtliche Rahmen vermag eine Orientierungshilfe zu bieten und einen Beitrag dazu zu leisten, den Persönlichkeitsrechten von Kindern und Jugendlichen auch im medizinischen Alltag zum Durchbruch zu verhelfen. Dennoch verbleiben erhebliche Rechtsunsicherheiten und viel Verantwortung sowie Einzelfallermessen bei der behandelnden Ärztin, dem behandelnden Arzt.

Im Folgenden wird zunächst der rechtliche Rahmen näher dargestellt. Anschliessend folgen Gedanken aus medizin-ethischer Sicht.

III. Die Perspektive des Rechts

1. *Medizinische Behandlungen: Begriffsklärungen*

Unter einer medizinischen Behandlung versteht das Recht eine Handlung, die mit einem Eingriff in die körperliche und/oder psychische Integrität verbunden ist, die also in absolut geschützte Rechte, in die Persönlichkeit des Menschen, eingreift.⁵ Heilbehandlungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie auf einer medizinischen Indikation basieren und einen therapeutischen Zweck im weiteren Sinne verfolgen. Dieser therapeutische Zweck kann auf physischer oder psychischer Ebene liegen. Zu den Eingriffen mit therapeutischem Zweck gehören in diesem weiten Sinne auch diagnostische und prophylaktische Massnahmen, die dazu dienen, Krankheiten zu erkennen oder zu verhindern.⁶

Heilbehandlungen sind zum einen abzugrenzen von rein pflegerischen Handlungen wie etwa der Unterstützung bei der Körperpflege (Waschen, Hilfe beim Anziehen) oder der Ernährung (d.h. Anbieten von Nahrung, Hilfestellungen beim Essen, nicht aber: Ernährung mittels Magensonde oder PEG-Sonde). Zum anderen müssen Heilbehandlungen von sogenannten individuellen Heilversuchen unterschieden werden. Heilbehandlungen folgen einem standardisierten und wissenschaftlich erprobten Verfahren, während individuelle Heilversuche zwar auch auf die Therapie und Hilfe für eine konkrete Patientin ausgerichtet sind, sich aber nicht auf eine wissenschaftliche Standardisierung stützen können.⁷ Aufgrund der therapeutischen Absicht nehmen individuelle Heilversuche gleichsam eine Zwischenstellung zwischen Heilbehandlung und nicht therapeutisch ausgerichteter Humanforschung ein.

5 Art. 10 BV, Art. 28 ZGB.

6 Vgl. dazu etwa MICHEL, Rechte von Kindern in medizinischen Heilbehandlungen, Diss. Basel 2009, 139 f.; THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter. Eine strafrechtliche Analyse der stellvertretenden Einwilligung, Diss. Basel/Genf/München 2004, 28.

7 Vgl. BÜCHLER/MICHEL, Medizin – Mensch – Recht. Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, Zürich 2014, 271 f.; SCHLATTER, Lebenserhaltung in der Neonatologie. Entscheidungsbefugnis, Entscheidungsfindung, Entscheidungsverantwortung, Diss. Basel 2014, 116 f.; Thommen (Fn. 6), 35; Botschaft des Bundesrates zum Verfassungsartikel über die Forschung am Menschen vom 12. September 2007, BBl 2007, 6713, 6720 f. Die hier vorgenommene Abgrenzung ist relativ grob. Ausführlicher zur Problematik der Begriffsbestimmung sowie zur Rechtslage bezüglich Heilversuchen vgl. Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Motion 11.3001 – „Heilversuche“ der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrates, Bern, 11. Dezember 2015, 6 ff., 9 ff.

Insbesondere in der Kinder- und Jugendmedizin sind Heilversuche verhältnismässig häufig. Das hängt damit zusammen, dass viele Medikamente, die verwendet werden, nicht explizit für minderjährige Patientinnen und Patienten zugelassen sind.⁸ Man spricht vom *Off Label Use*, das heisst von der Verwendung eines Medikaments ausserhalb des Zulassungsentscheids. Ein Medikament wird also für andere Indikationen, bei anderen Patientengruppen oder in anderer Dosierung eingesetzt als im Zulassungsentscheid vorgesehen ist.⁹ Wird also ein nur für Erwachsene zugelassenes Medikament auch bei Kindern eingesetzt, handelt es sich um einen *Off Label Use* und damit eigentlich auch um einen individuellen Heilversuch und nicht mehr um eine Heilbehandlung. Allerdings ist der Übergang zwischen Heilbehandlung und individuellem Heilversuch in der Kinder- und Jugendmedizin oftmals fliessend,¹⁰ denn wenn die gleichen Medikamente wiederholt für die gleiche Patientengruppe und Indikation angewendet werden, ergeben sich daraus wichtige Erfahrungswerte hinsichtlich Dosierung sowie Erfolgs- und Risikoprofil dieses Medikaments. Auch das kann als eine Form der Standardisierung bezeichnet werden.¹¹

Für individuelle Heilversuche, wozu wie gesehen auch der *Off Label Use* gehören kann, gelten im Grundsatz die gleichen Regeln wie für die Heilbehandlung. Bei experimentellen Therapien, bei denen noch keine oder nur wenige Erfahrungen hinsichtlich des Erfolgs- und Risikoprofils bestehen, gelten jedoch erhöhte Anfor-

8 Man geht davon aus, dass bis zu 90 Prozent der im stationären Bereich und circa 15 Prozent der im ambulanten Bereich eingesetzten Präparate nicht für Kinder zugelassen sind; vgl. BACHMANN/RIPPE, Kinderarzneimittel. Regelungsbedarf betreffend wirksamer, sicherer und qualitativ hochwertiger Arzneimittel in der Pädiatrie. Gutachten zu Handen des Bundesamtes für Gesundheit, September 2007, 2.

9 Vgl. die Ausführungen der Schweizerischen Kantonsapothekervereinigung und der Swissmedic betreffend des Einsatzes von Arzneimitteln im Sinne des *Off Label Use*, Basel, 24. Juli 2006, 5; BGE 134 IV 175, E. 4.1; BGE 130 V 532, E. 6; BGE 131 V 349, E. 3; Der *Off Label Use* wird vom Heilmittelgesetz nicht verboten und ist demnach zulässig, wenn die Sorgfaltspflichten (vgl. Art. 3 und 26 Heilmittelgesetz) beachtet werden; ausführlich zum *Off Label Use* bei Kindern und Jugendlichen RUMETSCH, Medizinische Eingriffe bei Minderjährigen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Schweizer und deutschen Recht, Diss. Basel 2013, 132 ff.

10 Vgl. THOMMEN (Fn. 6), 45 Fn. 200.

11 Vgl. zur Frage, wann überhaupt von einer Standardtherapie gesprochen werden kann, die medizin-ethischen Richtlinien der SAMW, Abgrenzung von Standardtherapie und experimenteller Therapie im Einzelfall, Juni 2014, 7 ff., welche den Begriff der Standardtherapie an den aktuell gültigen fachlichen Empfehlungen festmachen. Letzere spiegeln die allgemein geübte Praxis und damit auch den Stand der *lex artis* wider. Demnach ist nicht jeder *Off Label Use* auch ein individueller Heilversuch. Vgl. hierzu auch BGE 134 IV 175, E. 4.3. Ist der *Off Label Use* zum Standard geworden, ist deshalb auch eine Anwendungspflicht der betreffenden Heilmittel denkbar, da ihre Anwendung nun zur *lex artis* gehört; vgl. RUMETSCH (Fn. 9), 134 und zur Abgrenzung zwischen dem *Off Label Use* als Standard und als individueller Heilversuch 141 f.; LACHENMEIER, Die Anwendung „nicht zugelassener“ Arzneimittel in der Krebstherapie nach schweizerischem Recht („off label use“), Jusletter vom 11. Mai 2009, Rz. 53 f. und 57.

derungen an die Aufklärungspflicht. Zu informieren ist dann insbesondere über den experimentellen Charakter der Therapie und die Möglichkeit, dass unbekannte Nebenwirkungen auftreten können.¹² Für Spezialeingriffe wie etwa Transplantationen, Sterilisationen oder die Humanforschung sind jeweils die speziellen gesetzlichen Regelungen zu beachten.

Die Grenzen von Heilbehandlungen scheinen sich zuweilen allerdings auch in weiteren Kontexten zu verwischen, zum Beispiel beim sogenannten *Human Enhancement*. Beim *Human Enhancement* geht es um die Verbesserung oder Veränderung nichtpathologischer Eigenheiten oder Eigenschaften mit – unter anderem – medizinischen Interventionen.¹³ Damit ist oftmals ein Prozess der *Medikalisierung* verbunden. Das Konzept geht auf Michel Foucault zurück und das Phänomen kann seit der Mitte des 18. Jahrhunderts beobachtet werden: Es geht darum, dass immer mehr Bereiche durch die Medizin übernommen und durch sie behandelt werden.¹⁴ Meyer definiert die Medikalisierung als einen Prozess, „durch den nichtmedizinische Probleme neu als medizinische Probleme definiert und behandelt werden, meist als Krankheiten, Störungen oder Risiken“, wobei das Problem nicht zwangsläufig mit einer gesundheitlichen Beeinträchtigung verbunden sein müsse, sondern auch einfach als „suboptimaler Zustand“ wahrgenommen werden könne.¹⁵ Damit geht die Veränderung der gesellschaftlichen Anschauung darüber einher, welche Phänomene als krankhaft zu bewerten sind.¹⁶ Diese Auffassung ändert sich parallel mit den wachsenden Behandlungsmöglichkeiten der Medizin. Im Verlauf dieses Prozesses verschiebt sich die Definition des „Normal“-Standards, wodurch nicht

-
- 12 BGE 134 IV 175, E. 4.2; SCHLATTER (Fn. 7), 118 f.; vgl. auch Bericht des Bundesrates zur Motion „Heilversuche“ (Fn. 7), 9 f.; SAMW-Richtlinien Abgrenzung von Standardtherapien und experimenteller Therapie im Einzelfall (Fn. 11), 13 f.
 - 13 Vgl. BÜCHLER/MICHEL (Fn. 7), 96. Zur Anwendung kommen neben medizinischen (wie insbesondere medikamentösen oder operativen) auch technische Methoden; vgl. zum *Human Enhancement* aus rechtlicher Sicht ECKHARDT/BACHMANN/MARTI/RÜTSCHÉ/TELSER, *Human Enhancement*, Zürich 2011, insbesondere 191 ff.; zur Definition und den Problemfeldern BILLER-ANDORNO/SALATHÉ, *Human Enhancement: Einführung und Definition*, in: *Medizin für Gesunde? Bericht der Arbeitsgruppe „Human Enhancement“* im Auftrag der Akademien der Wissenschaften Schweiz, Kőniz 2012, 10.
 - 14 Vgl. FOUCAULT, *Die Geburt der Sozialmedizin*, in: FOUCAULT, *Schriften in vier Bänden – Dits et Ecrits*, Band III, 1976–1979, hrsg. von DEFERT/EWALD, Frankfurt am Main 2003, 272 ff.; vgl. auch KARSCH, *Medizin zwischen Markt und Moral. Zur Kommerzialisierung ärztlicher Handlungsfelder*, Diss. Bielefeld 2015, 94 ff.
 - 15 MEYER, *Gesellschaftliche Hintergründe der Medikalisierung*, *Bioethica Forum* 2012, Vol. 5, No. 2, 52; vgl. aus soziologischer Sicht grundlegend auch CONRAD, *The Medicalization of Society: On the Transformation of Human Conditions into Treatable Disorders*, Baltimore 2007.
 - 16 Vgl. MEYER (Fn. 15), 52, 53, mit dem Beispiel der Korrektur von ästhetisch unschönen, aber funktionell einwandfreien Zahnstellungen.

nur eine Behandlungsmöglichkeit, sondern auch eine Behandlungsbedürftigkeit bestimmter Phänomene konstruiert werden kann.¹⁷

2. Die rechtliche Qualifikation der Heilbehandlung nach schweizerischem Recht

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur medizinischen Heilbehandlung ist – trotz anfänglicher Kritik in der Lehre¹⁸ – konstant und soll an dieser Stelle nur kurz in Erinnerung gerufen werden. Jeder medizinische Eingriff und jede medizinische Behandlung wird als grundsätzlich widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung qualifiziert. Dies gilt auch für Eingriffe, die in Heilabsicht erfolgen. Auch sie bedürfen einer Rechtfertigung.¹⁹ Der wichtigste Rechtfertigungsgrund ist die Einwilligung nach vorgängiger Aufklärung.²⁰ Die Voraussetzungen einer gültigen Einwilligung sind die Urteilsfähigkeit der einwilligenden Person, die selbstredend berechtigt sein muss, die Einwilligung zu erteilen, sowie eine rechtsgenügende Aufklärung vor der Erteilung der Einwilligung. Das ist das sogenannte *Informed Consent*-Prinzip.²¹ Zu nennen ist im Weiteren die Rechtfertigung durch Gesetz und hier insbesondere die sogenannte „Behandlung ohne Zustimmung“ im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung (Art. 434 ZGB). Das Gesetz sieht vor, dass die Behandlung unter bestimmten Voraussetzungen durch den Chefarzt oder die

17 Vgl. BÜCHLER/MICHEL (Fn. 7), 96 ff. mit dem Beispiel der geschlechtszuweisenden Operation bei Kleinkindern; zum Prozess der Medikalisierung dieser Thematik und der Veränderung des Rechts in deren Gefolge vgl. insbesondere CHRISTENSEN, Intersexualität. Die „Herstellung symbolischer Heterosexualität“ durch Medizin und Recht, hill 2012, Nr. 18; sowie WERLEN, Persönlichkeitsschutz des Kindes, höchstpersönliche Rechte und Grenzen elterlicher Sorge im Rahmen medizinischer Praxis. Das Beispiel von Varianten der Geschlechtsentwicklung und DSD, Diss. Bern 2014, 34 ff.; vgl. zur Definition der „Krankheit“ im schweizerischen Sozialversicherungsrecht (Art. 3 Abs. 1 ATSG) als Beeinträchtigung der Gesundheit, die eine Behandlungsbedürftigkeit nach sich zieht und nicht Folge eines Unfalls ist, sowie zu der soziokulturellen Einfärbung des Normalitätsbegriffs und der Behandlungsbedürftigkeit ECKHARDT/BACHMANN/MARTI/RÜTSCHÉ/TELSER (Fn. 13), 195 ff.

18 Vgl. etwa HONSELL, Die Aufklärung des Patienten über therapeutische Alternativen und Behandlungskosten, SJZ 2006, 401, 403; EISNER, Die Aufklärungspflicht des Arztes. Die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den USA, Diss. Bern/Göttingen/Toronto u.a. 1992, 213 ff.

19 Grundlegend BGE 117 Ib 197, E. 2a–d, wo sich das Bundesgericht mit der Kritik an seiner Rechtsprechung auseinandersetzt und explizit daran festhält; vgl. insbesondere E. 2c: „Der Zweck eines Eingriffs in die körperliche Integrität ändert deshalb nichts an dessen Widerrechtlichkeit, solange er nicht vom Rechtsträger selbst, sondern von einem Dritten, zum Beispiel dem operierenden Chirurgen, bestimmt wird. Allein der Inhaber des Rechtsgutes ist grundsätzlich befugt, über den Zweck des Eingriffs zu entscheiden.“

20 BGE 117 Ib 197, E. 2.a.

21 Vgl. hierzu MICHEL (Fn. 6), 41 ff.; BÜCHLER/MICHEL (Fn. 7), 63 f.; grundlegend GUILLOD, Le consentement éclairé du patient. Autodétermination ou paternalisme?, Diss. Neuchâtel 1986.

Chefärztin angeordnet werden kann. Allerdings ist diese Bestimmung bei Kindern und Jugendlichen gemäss der wohl überwiegenden Lehre nicht anwendbar.²²

Wichtig ist an dieser Stelle eine Präzisierung, die das Bundesgericht im zitierten Entscheid vornimmt: Es stellt nämlich klar, dass das Recht auf körperliche Integrität *untrennbar* mit dem Selbstbestimmungsrecht über die körperliche Integrität verbunden ist. Beide Rechte gründen in den Persönlichkeitsrechten.²³ Die Einwilligung ist folglich das Mittel, mit dem das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper operationalisiert werden kann. Es liegt deshalb zunächst einmal in der Kompetenz des Einwilligungsberechtigten, darüber zu bestimmen, welche Eingriffe vorgenommen werden dürfen und welche nicht. Wie das Bundesgericht an anderer Stelle ausführt, müssen sich dabei die professionelle Meinung der Ärztin und die Meinung des urteilsfähigen Patienten, die auf seiner persönlichen Wertewelt basiert, nicht zwangsläufig decken.²⁴ Das Recht geht gerade nicht von der Figur eines „vernünftigen Durchschnittspatienten“ aus, der immer dem ärztlichen Rat folgt.

Dieser Grundsatz erfährt allerdings dann Einschränkungen, wenn Dritte, etwa die Eltern als gesetzliche Vertreter, über einen medizinischen Eingriff bei einem urteilsunfähigen Kind oder Jugendlichen entscheiden müssen. In diesen Fällen verkleinert sich der Spielraum jener, die einen Patienten vertreten. Bei Kindern und Jugendlichen ist massgeblich auf das Kindeswohl abzustellen, worauf sogleich näher einzugehen sein wird.

Wie gesehen setzt eine gültige Einwilligung Urteilsfähigkeit und Aufklärung voraus. Das schweizerische Recht zieht die Grenze zwischen Selbst- und Fremdbe-

22 Vgl. FamKomm Erwachsenenschutz/COTTIER, Art. 314b ZGB N 15; BÜCHLER/MICHEL (Fn. 7), 151; BIRCHLER, Die fürsorgliche Unterbringung von Minderjährigen: am Beispiel des Kantons Zürich (Art. 310, 314b, 426 ff. ZGB, § 35 As. 2 EG KESR ZH), ZKE 2013, 141, 153 f.; ROSCH, Die fürsorgliche Unterbringung im revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, AJP 2011, 505, 515.

23 Vgl. BGE 117 Ib 197, E. 2a.

24 BGE 124 IV 258, E. 2: „Zutreffend nimmt die Vorinstanz an, das Abstellen auf den Heilzweck sei kein taugliches Abgrenzungskriterium; denn es leuchte ohne weiteres ein, dass der Begriff des Heilzwecks keine allgemein gültige feste Grösse sei, sondern durchaus unterschiedlich definiert und interpretiert werden könne; nicht alles, was medizinisch angezeigt sein könne, müsse vom betreffenden Patienten als für ihn gut und richtig betrachtet werden. Dem ist beizupflichten. Der professionelle Massstab des Arztes und die Wertewelt des Patienten führen nicht zwangsläufig zu denselben Entscheidungen über Gesundheit und Krankheit, zumal es ‚bei einer Vielzahl von Erkrankungen [...] um die Frage nach etwas mehr Gesundheit oder etwas weniger Krankheit [geht], bei deren Beantwortung vielfältige, subjektiv geprägte Abwägungen vorzunehmen sind‘ [...]. Mit anderen Worten kann das Wohl des Patienten nicht ohne Weiteres mit der ärztlich indizierten Behandlung gleichgesetzt werden, und insbesondere kann zum Patientenwohl gerade auch die Ablehnung einer vom Arzt für indiziert gehaltenen Behandlung durch den Patienten gehören [...]. Ausschlaggebend für die Frage, nach seinem Wohl ist also der Wille des Patienten und nicht das, was nach Auffassung des Arztes im Interesse des Patienten angezeigt ist.“

stimmung also nicht bei der Volljährigkeit, sondern bei der Urteilsfähigkeit. Urteilsunfähige Personen können zwar auch einen Willen bilden, den sie zum Teil auch sehr deutlich äussern können. Das wissen alle, die regelmässig mit kleinen Kindern zu tun haben. Dieser Wille, für den verschiedentlich die Bezeichnung „natürlicher Wille“ gebraucht wird, ist aus rechtlicher Perspektive aber nicht gleich bedeutsam wie der Wille einer urteilsfähigen Person: Die Willensäusserungen einer urteilsunfähigen Person müssen nicht immer befolgt werden. Das heisst aber nicht, dass sie völlig irrelevant sind, sondern sie sind durchaus zu berücksichtigen.²⁵

Für die Einwilligung oder Ablehnung in einen medizinischen Heileingriff ist Art. 19c ZGB massgebend, geht es doch um Eingriffe in persönlichkeitsrechtlich geschützte Rechtspositionen. Demnach nehmen urteilsfähige Kinder und Jugendliche das Selbstbestimmungsrecht über ihren Körper auch selbständig wahr. Ausgenommen sind diejenigen Fälle, in denen ein Spezialgesetz die kumulative Einwilligung der Eltern als gesetzliche Vertreter verlangt oder für die Einwilligung eine Altersgrenze festlegt.²⁶ Bei urteilsunfähigen Kindern und Jugendlichen müssen die Eltern die Einwilligung in eine Heilbehandlung erteilen. Ausser einem Vormund kann die Einwilligungskompetenz auch einer Beistandin zukommen, nämlich dann, wenn die Kindesschutzbehörde ihr diese Befugnis übertragen hat. Urteilsfähigkeit ist demnach in der Regel gleichbedeutend mit *Einwilligungsfähigkeit* und *Einwilligungszuständigkeit*.²⁷ Die elterliche Einwilligung vermag die fehlende Einwilligung des urteilsfähigen Kindes oder der Jugendlichen nicht zu ersetzen. Die kumulative Einwilligung der Eltern ist bei Heilbehandlungen nicht erforderlich, wie sich aus Art. 19 ZGB ergibt.

Höchstpersönliche Rechte von urteilsunfähigen Personen werden von der gesetzlichen Vertretung wahrgenommen, wobei Art. 19c Abs. 2 ZGB an die Schranke der *absolut* höchstpersönlichen Rechte erinnert. Sie sind vertretungsfeindlich. Eingriffe, die absolut höchstpersönliche Rechtspositionen betreffen, dürfen demnach überhaupt nicht vorgenommen werden, wenn die betroffene Patientin oder der betroffene Patient urteilsunfähig ist. Die Zuordnung zur Kategorie der absolut höchstpersönlichen Rechte ist allerdings nicht eindeutig, sondern erfolgt aufgrund einer ergebnisorientierten Wertung, die im Einzelfall diskutiert werden muss. Die

²⁵ Dies folgt bereits aus den Persönlichkeitsrechten des betroffenen Patienten. Vgl. MICHEL (Fn. 6), 196 f.

²⁶ Vgl. etwa Art. 3 Sterilisationsgesetz; Art. 13 Transplantationsgesetz; Art. 22 f. Humanforschungsgesetz.

²⁷ Vgl. MICHEL (Fn. 6), 82 f. m.w.H.; differenzierend HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern 2012, Rz. 07.76, wonach Urteilsfähigkeit des Kindes oder Jugendlichen die Vertretungsmacht der gesetzlichen Vertretung nicht zwingend ausschliessen soll. Diese soll erhalten bleiben, wenn der urteilsfähige Minderjährige keinen eindeutigen Willen erkennen lässt. So bereits HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Aufl., Bern 1999, N 26.24.

Einwilligung in eine Heilbehandlung gehört jedenfalls zur Kategorie der *relativ* höchstpersönlichen Rechte, die auch vertretungsweise wahrgenommen werden können.

2. *Der internationale Rechtsrahmen*

Für die Heilbehandlung von Kindern und Jugendlichen ist neben dem nationalen Rechtsrahmen auch der internationale zu berücksichtigen. Zu nennen ist hier natürlich an erster Stelle die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK).²⁸ Weniger bekannt, aber für das Gebiet des Medizinrechts sehr wichtig, ist die Biomedizinkonvention des Europarates,²⁹ welche die Europäische Menschenrechtskonvention für den Bereich der Biologie und Medizin konkretisiert und die sich das Ziel setzt, einen europäischen Minimalstandard für die Bereiche Medizin, Biologie und Recht zu verankern.³⁰ Sie ist für die Schweiz am 1. November 2008 in Kraft getreten. Betreffend des Schutzes einwilligungsunfähiger – und damit wie gesehen nach schweizerischem Recht *urteilsunfähiger* Personen – legt die Biomedizinkonvention des Europarates in Art. 6 die wichtigsten Grundsätze fest. Danach dürfen erstens medizinische Interventionen bei urteilsunfähigen Personen nur zu ihrem unmittelbaren Nutzen erfolgen. Mit anderen Worten: Fremdnützige Eingriffe sind grundsätzlich ausgeschlossen.³¹ Zweitens dürfen medizinische Interventionen bei minderjährigen urteilsunfähigen Personen nur vorgenommen werden, wenn die Einwilligung der gesetzlichen Vertretung oder der zuständigen Behörde vorliegt. Notfälle bleiben selbstverständlich vorbehalten.³² Drittens schreibt die Biomedizinkonvention vor, dass der Meinung des minderjährigen Patienten bzw. der minderjährigen Patientin mit zunehmendem Alter und zunehmender Reife mehr Ge-

28 Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK), SR 0.101.

29 Europäisches Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Biomedizin vom 4. April 1997 (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, Biomedizinkonvention), SR 0.810.2.

30 Minimalstandard bedeutet hier, dass die ratifizierenden Staaten frei sind, im Patientinnen- und Patientenschutz über die Biomedizinkonvention hinauszugehen, dass sie aber nicht hinter dem verbrieften Schutzstandard zurückbleiben dürfen; vgl. 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, vom 12. September 2001, BBl 2002, 271, 273.

31 Vorbehalten bleiben die Art. 17 und 20 Biomedizinkonvention betreffend die Forschung mit Einwilligungsunfähigen und die Entnahme von regenerierbarem Gewebe bei Einwilligungsunfähigen.

32 Art. 8 Biomedizinkonvention.

wicht zukommen muss.³³ Eine ähnlich lautende Bestimmung enthält auch die Uno-Kinderrechtskonvention,³⁴ welche die Menschenrechte kinderspezifisch konkretisiert.³⁵ Auch die Kinderrechtskonvention enthält nur Mindestgarantien. Als völkerrechtlicher Vertrag ist sie vertragsautonom auszulegen, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck des völkerrechtlichen Übereinkommens selbst.³⁶ Eine Hilfe bei der Auslegung bieten aber die zahlreichen Kommentierungen des Uno-Kinderrechtskomitees, die sich teilweise explizit mit den Bereichen der medizinischen Versorgung und Behandlung beschäftigen.³⁷

3. Urteilsfähigkeit

Die Urteilsfähigkeit erfüllt bei Heilbehandlungen zwei Funktionen. Sie sind zentral, wenn die Urteilsfähigkeit einer konkreten Person näher geprüft werden muss. Erstens hat die Urteilsfähigkeit eine sogenannte *Schwellenfunktion*: Nur urteilsfähige Personen können das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper auch selbst ausüben. Für nicht urteilsfähige Patientinnen und Patienten entscheiden Andere, nämlich die gesetzliche Vertretung, bei Kindern also in der Regel die Eltern. Die Urteilsfähigkeit bildet somit die Schwelle zwischen Selbst- und Fremdbestimmung. Zweitens hat die Urteilsfähigkeit eine *Schutzfunktion*: Nur wer

³³ Art. 6 Abs. 2 Biomedizinkonvention.

³⁴ Art. 12 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, SR 0.107, verankert das Recht des Kindes, seine Meinung frei zu äussern und in allen Angelegenheiten gehört zu werden, die das Kind betreffen. Die Meinung des Kindes muss angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife berücksichtigt werden, wenn es um seine Angelegenheiten geht. Ausführlich zur Bedeutung der Bestimmung für den Bereich der medizinischen Behandlung von Kindern und Jugendlichen MICHEL (Fn. 6), 198 ff.

³⁵ Vgl. HAUSAMMANN, Einleitung, in: GERBER JENNI/HAUSAMMANN (Hrsg.), Die Rechte des Kindes. Das UNO-Übereinkommen und seine Auswirkungen auf die Schweiz, Basel/Genf/München 2001, 1 ff.

³⁶ Vgl. BIAGGINI, Wie sind Kinderrechte in der Schweiz geschützt? Tragweite, Umsetzung und Durchsetzung des Übereinkommens in der Schweiz, Bedeutung des „Kinderschutz-Artikels“ (Art. 11) der neuen Bundesverfassung, in: GERBER JENNI/HAUSAMMANN (Fn. 35), 25 ff.; vgl. zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge Art. 31 ff. des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111). Die in Art. 31 des Übereinkommens festgehaltene allgemeine Auslegungsregel besagt, dass ein Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen ist.

³⁷ Zu nennen sind hier insbesondere die folgenden *General Comments* des UN-Committee on the Rights of the Child: No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1); No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24); No. 12 (2009) The right of the child to be heard; No. 13 (2011) The right of the child to freedom of all forms of violence; No. 7 (2005) Implementing child rights in early childhood; No. 4 (2003) Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child.

die Folgen seiner Entscheidung überblicken kann und in der Lage ist, sich einen eigenen Willen zu bilden und sich diesem gemäss zu verhalten, soll die Folgen dieser Entscheidung auch tragen müssen. Wem die dazu notwendigen Fähigkeiten fehlen, dem darf somit auch die Verantwortung nicht aufgebürdet werden.³⁸ Diese beiden Funktionen der Urteilsfähigkeit ergänzen sich gegenseitig, stehen aber auch in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander. Sie werden in der Medizinethik gespiegelt durch die Prinzipien der „Autonomie“ einerseits und der „Fürsorge“ andererseits.³⁹

Schliesslich ist noch eine Besonderheit zu erwähnen, die spezifisch das Recht bzw. das Konstrukt des *Informed Consent* als Rechtfertigung für die Persönlichkeitsverletzung betrifft. Weil der Aufklärungsanspruch an der Einwilligungsberechtigung hängt, steht er auch nur der einwilligungsberechtigten Person zu. Daraus folgt, dass urteilsunfähige Kinder und Jugendliche dogmatisch keinen Anspruch auf Aufklärung haben. Allerdings steht ihnen dennoch das Recht zu, über ihre Erkrankung, über die Therapie und ihre Folgen soweit wie möglich verständlich informiert zu werden und in die Entscheidung darüber einbezogen zu werden. Zur Abgrenzung von der medizinrechtlichen Aufklärungspflicht benutzen wir hierfür den Begriff des Informations- und Partizipationsrechts.

Urteilsfähigkeit ist ein Rechtsbegriff.⁴⁰ Erfolgt eine ärztliche Einschätzung der Urteilsfähigkeit eines Kindes oder Jugendlichen, was ausser bei Säuglingen und Kleinkindern eigentlich immer – mindestens durch ein persönliches Gespräch – passieren muss,⁴¹ ist deshalb darauf zu achten, dass die für die juristische Einschätzung relevanten Faktoren im Auge behalten werden. Dazu gehört, dass die Urteilsfähigkeit regelmässig nicht pauschal bejaht oder verneint werden kann, sondern aufgrund ihrer zeitlichen und sachlichen Relativität konkret im Hinblick auf die anstehende Entscheidung beurteilt werden muss. Sinnvollerweise sind die Anforderungen an die Einwilligung in eine Behandlung gleich hoch anzusetzen wie diejenigen an ihre Ablehnung, denn gerade im Bereich der Heilbehandlung zeitigt der

38 Vgl. MICHEL (Fn. 6), 76 f. m.w.H.

39 Vgl. MICHEL, Zwischen Autonomie und fürsorglicher Fremdbestimmung: Partizipationsrechte von Kindern und Jugendlichen im Bereich medizinischer Heilbehandlungen, FamPra.ch 2008, 243, 251 ff.; zu den medizinethischen Prinzipien der Autonomie und der Fürsorge BEAUCHAMP/CHILDRESS, Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl., New York/Oxford 2013, 101 ff. und 202 ff.

40 AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegeordnung, Jusletter vom 22. September 2014, Rz. 24.

41 Kindesalter gehört zu den „Zuständen“, welche die Vermutung der Urteilsfähigkeit nach Art. 16 ZGB entfallen lässt.

Verzicht auf eine medizinisch indizierte Massnahme zuweilen viel weitreichendere und lebensprägende Auswirkungen als ihre Vornahme.⁴²

Bei Minderjährigen sowie bei Erkrankungen mit einer Suchtkomponente ist es zudem oft hilfreich, die intellektuelle und die voluntative Komponente (d.h. die Einsichts- und Willensbildungsfähigkeit einerseits sowie die Willensumsetzungsfähigkeit andererseits) sorgfältig auseinander zu halten,⁴³ denn es kommt zuweilen vor, dass ein Jugendlicher zwar bereits in der Lage ist, die Tragweite und Konsequenzen einer Behandlungsentscheidung zu verstehen und sich dazu einen eigenen Willen zu bilden, dass er aber noch nicht über die erforderliche Widerstandskraft verfügt, sich beispielsweise gegen enge Bezugspersonen durchzusetzen.

Schliesslich ist daran zu erinnern, dass die Urteilsfähigkeit, laut der Legaldefinition die „Fähigkeit zu vernunftgemäsem Handeln“,⁴⁴ *nicht* mit *vernünftigem* Handeln verwechselt werden darf. Besonders bei Minderjährigen besteht nämlich die Gefahr, dass die Urteilsfähigkeit bejaht wird, wenn sie den empfohlenen Behandlungen und Therapien zustimmen, aber dann verneint wird, wenn sie dies nicht mehr tun. Die Urteilsfähigkeit darf aber keinesfalls zur Inhaltskontrolle des Entscheids verwendet werden.⁴⁵ Sie dient nur dazu, sicherzustellen, dass die getroffene Entscheidung dem Minderjährigen auch wirklich als seine eigene, weitgehend autonom und im Wissen um die Tragweite und Konsequenzen gefasste Entscheidung zugerechnet werden kann. Schadet sich eine Jugendliche mit ihrem Entscheid selbst, kann das ein *Indiz* für mangelnde Urteilsfähigkeit sein, aber es ist noch kein Beweis dafür.⁴⁶

Mit der Lebenserfahrung stimmt oftmals nicht überein, dass die Urteilsfähigkeit aus juristischer Sicht nicht abstufbar ist. Gleichwohl ist die Urteilsfähigkeit rechtlich gesehen letztlich eine „Alles- oder Nichts“-Zuschreibung, die mit allen Folgen hinsichtlich der Entscheidungsverantwortung verbunden ist. In der Praxis

42 In der Lehre wird aber auch die Meinung vertreten, die Anforderungen an die Einwilligung sollen höher sein als diejenigen an die Ablehnung einer Behandlung; vgl. etwa GEISER, Einwilligung in die Behandlung insbesondere bei urteilsunfähigen Patient(inn)en, St. Gallen 2003, 6; BernerKomm/BUCHER, Art. 16 ZGB N 105.

43 Zu den Komponenten bzw. einzelnen Erfordernissen der Urteilsfähigkeit BaslerKomm/BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, Art. 16 ZGB N 6 ff.

44 Definition *ex negativo*, Art. 16 ZGB.

45 Vgl. BÜCHLER/MICHEL (Fn. 7), 66; ausführlich MICHEL (Fn. 6), 110 ff; AEBI-MÜLLER schlägt eine explizite Aufschlüsselung der Urteilsfähigkeit, insbesondere des Elements der sogenannten „Willensbildungsfähigkeit“ vor, wozu neben dem Realitätsbezug des Urteilsvermögens auch die Fähigkeit zur Bildung von nachvollziehbaren Motiven und zur Motivkontrolle gehören soll. Sie warnt aber ebenfalls explizit davor, „über das Kriterium der Urteilsfähigkeit einen ‚besseren‘ Behandlungsentscheid zu erzwingen“. Vielmehr müsse der Wille des Patienten „weder den Wertvorstellungen des behandelnden Arztes noch der Angehörigen oder der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde entsprechen“. AEBI-MÜLLER (Fn. 40), Rz. 29 ff., insb. Rz. 35.

46 Zum Beweis der Urteils(un)fähigkeit ausführlich AEBI-MÜLLER (Fn. 40), Rz. 76 ff.

ist es die behandelnde Ärztin, die beurteilt, ob eine minderjährige Patientin oder ein minderjähriger Patient für den fraglichen Behandlungsentscheid urteilsfähig und damit auch einwilligungsfähig und einwilligungszuständig ist. Dabei stellt die sogenannte zeitliche und sachliche Relativität der Urteilsfähigkeit eine besondere Herausforderung dar. Bekanntlich darf die Urteilsfähigkeit ja nicht einfach pauschal bejaht oder verneint werden, sondern muss immer kontextbezogen geprüft werden: Es geht darum, ob diese konkrete Person zum jetzigen Zeitpunkt für einen bestimmten Behandlungsentscheid urteilsfähig ist. Der Gesetzgeber hat hier viel Spielraum für die Einzelfallgerechtigkeit eingeräumt und auf fixe Altersgrenzen verzichtet. Damit ist andererseits aber auch eine gewisse Rechtsunsicherheit verbunden, denn die Konsequenzen einer Fehleinschätzung können gravierend sein.⁴⁷

Die Beurteilung bewegt sich zwischen zwei Polen: Auf der einen Seite besteht die Gefahr, dass an die Urteilsfähigkeit zu hohe Anforderungen gestellt werden, solche, die auch von zahlreichen erwachsenen Patientinnen und Patienten nicht erfüllt werden könnten. Dieses Phänomen ist grundsätzlich immer dann zu beobachten, wenn eine ansonsten als selbstverständlich vorausgesetzte Fähigkeit näher geprüft wird. Auf der anderen Seite besteht die Gefahr, dass die Schutzfunktion der Urteilsfähigkeit vernachlässigt wird. Dies geschieht etwa dann, wenn Kindern und Jugendlichen zu früh zu viel Entscheidungsverantwortung zugetraut wird und sie damit auch überfordert werden.

Bei Kindern und Jugendlichen wird überdies diskutiert, ob die Urteilsfähigkeit allein oder wenigstens primär von kognitiven Voraussetzungen abhängt, und welcher Stellenwert hier auch den konkret gemachten Erfahrungen zukommt.⁴⁸ Die Frage spielt v.a. bei chronischen Erkrankungen eine erhebliche Rolle. Dazu kommt, dass Kinder und Jugendliche in der Regel weitaus stärker als Erwachsene in einem Abhängigkeitsverhältnis zu ihren engsten Bezugspersonen stehen. Das wirft die Frage auf, wie unabhängig der Minderjährige von diesen Bezugspersonen sein muss, damit der geäußerte Wille auch tatsächlich als der eigene erscheint und nicht als blosser Wiedergabe des elterlichen Willens.

4. *Urteilsfähige Kinder und Jugendliche*

In der Literatur trifft man zuweilen auf Altersangaben, die als „Faustregeln“ die Einschätzung der Urteilsfähigkeit in der Praxis erleichtern sollen, beispielsweise dass regelmässig ab 16 Jahren von der Urteilsfähigkeit ausgegangen werden

47 Kann sich die behandelnde Ärztin nicht auf eine gültige Einwilligung stützen, handelt sie ohne Rechtfertigungsgrund. Sie haftet dann für alle Schäden aus der Behandlung, selbst wenn sie sich keinen Behandlungsfehler zu Schulden kommen lässt. Die Haftung erfasst auch den Zufall; vgl. BGE 108 II 59, E. 3; WIDMER LÜCHINGER, *Arzthaftung in der Schweiz*, in: KOCH (Hrsg.), *Arzthaftung in Europa: Ausgewählte Rechtsordnungen im Vergleich*, Berlin 2012, 353, 382 f.

48 Ausführlich MICHEL (Fn. 6), 177 ff. m.w.H.

könne. Das Bundesgericht lehnt allerdings fixe Altersgrenzen ab und hält am Grundsatz der Relativität der Urteilsfähigkeit fest. Es betont, dass die Urteilsfähigkeit auch bei Minderjährigen abhängig vom konkreten Fall beurteilt werden müsse.⁴⁹ Der Orientierungsgehalt von solchen Faustregeln ist deshalb gering: Sie entbinden nicht davon, die Urteilsfähigkeit für jeden konkreten Behandlungsentscheid und Patienten neu zu prüfen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit die Natur und die Risiken des Eingriffs zu berücksichtigen. Die Eltern sind nur dann für die Entscheidung zuständig, wenn Zweifel daran bestehen, dass die Minderjährige die Begleitumstände der Behandlung objektiv einschätzen kann. Für das Bundesgericht ist in jedem Fall das „therapeutische Interesse“ massgeblich. In die Beurteilung der Urteilsfähigkeit müssen demnach das Alter und der Reifegrad der Minderjährigen, die Natur der Behandlung sowie deren therapeutische Notwendigkeit einfließen.⁵⁰ Nicht ganz klar ist allerdings, was das Bundesgericht meint, wenn es ausführt, auf jeden Fall sei das „therapeutische Interesse“ massgeblich. Damit kann nicht gemeint sein, dass urteilsfähige Kinder und Jugendliche eine Behandlung nur dann ablehnen können, wenn dies in ihrem therapeutischen Interesse liegt, sonst würden ja die Funktion der Urteilsfähigkeit und Art. 19c ZGB gerade wieder untergraben.

Jedenfalls vermag die Zustimmung der Eltern die Ablehnung der Behandlung durch die urteilsfähige Jugendliche nicht zu ersetzen. Dies hat das Bundesgericht explizit festgehalten in einem Entscheid aus dem Jahr 2008, in dem es um die Behandlung einer 13jährigen Jugendlichen mit einer Steissbeinverletzung ging: Während sich die Patientin gegen die Behandlung wehrte, erteilte die ebenfalls im Behandlungszimmer anwesende Mutter die Einwilligung. Das Bundesgericht erachtete die Patientin als urteilsfähig und die Behandlung trotz der mütterlichen Einwilligung als rechtswidrig. Die Behandlung war somit als Persönlichkeitsverletzung zu qualifizieren.⁵¹

Ein Entscheid des Obergerichts des Kantons Luzern hat zudem klargestellt, dass bei urteilsfähigen Jugendlichen *im Bereich der medizinischen Behandlung* kein Raum für Kindesschutzmassnahmen besteht. Ein 17jähriger Jugendlicher, der an einem Hirntumor erkrankt war, hatte eine dritte Chemotherapie abgelehnt. Daraufhin beantragten die behandelnden Ärzte bei der damaligen Vormundschaftsbehörde Kindesschutzmassnahmen. Konkret verlangten sie Auskunft über die derzeit laufende Therapie und die Anordnung einer Kontrolluntersuchung. Die damalige Vormundschaftsbehörde erteilte der Mutter des Jugendlichen eine entsprechende

49 Vgl. BGE 134 II 235, E. 4.3.2.

50 Vgl. BGE 134 II 235, E. 4.3.2.

51 BGE 134 II 235, E. 4.3.5 und 4.4; vgl. auch GUILLOD, Bref commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral (Ile Cour de droit public) du 2 avril 2008, 2C_5/2008, Jusletter vom 18. August 2008.

Weisung nach Art. 307 Abs. 3 ZGB. Das angerufene Obergericht prüfte und bejahete die Urteilsfähigkeit des betroffenen Jugendlichen und stellte dann klar, dass in diesem Fall keine Möglichkeit für Kinderschutzmassnahmen bestünde. Ein urteilsfähiger Jugendlicher könne die Wahl der medizinischen Massnahme selbst treffen und sein Entscheid sei zu respektieren. Die Eltern hätten diesbezüglich keine Vertretungsmacht mehr und müssten der Entscheidung des Jugendlichen auch nicht zustimmen.⁵²

Die Zuerkennung des Selbstbestimmungsrechts an urteilsfähige Minderjährige würde dann nicht viel Sinn machen, wenn die Eltern dennoch immer dem Behandlungsvertrag zustimmen müssten. Der Vertragsschluss über die Behandlung gehört aber unabdingbar zur Ausübung des Selbstbestimmungsrechts über den eigenen Körper als höchstpersönliches Recht. Die jüngere Lehre geht deshalb davon aus, dass urteilsfähige Minderjährige den Vertrag über eine Heilbehandlung auch selbstständig abschliessen können. Dies mit Blick darauf, dass die Kosten für eine Heilbehandlung regelmässig von der Krankenkasse übernommen werden.⁵³

Die Informationen über die Gesundheit gehören zur Geheim- und Intimsphäre und sind ebenfalls durch die Persönlichkeitsrechte des urteilsfähigen Minderjährigen geschützt.⁵⁴ Die Eltern dürfen deshalb nur mit dem Einverständnis der urteilsfähigen Patientin informiert werden, wobei nicht vorschnell von einer stillschweigenden Einwilligung ausgegangen werden sollte. Es muss vielmehr in jedem Einzelfall konkret nachgefragt werden, ob und worüber die Eltern informiert werden sollen oder nicht. Das Berufsgeheimnis der Ärztin bzw. des Arztes ist auch strafrechtlich geschützt.⁵⁵ Ausnahmen können bei effektiven Notstandssituationen vorliegen, bei denen eine unmittelbare und akute Gefährdung besteht, z.B. bei akuter Suizidalität.⁵⁶ Ansonsten ist die Entbindung vom Berufsgeheimnis bei der zuständigen Behörde (i.d.R. bei der Gesundheitsdirektion) einzuholen, wenn die Ärztin

52 Obergericht Luzern, II. Kammer, Entscheid vom 3. Dezember 2007 – 30 07 22, FamPra.ch 2008, 445 ff.; ausführlich MICHEL (Fn. 6), 110 f.

53 Vgl. BÜCHLER/MICHEL (Fn. 7), 103 f. Anders die Situation, wenn eine kostspielige Behandlung nicht von der Krankenkasse übernommen wird: In diesem Fall müssen die Eltern den Vertrag abschliessen, bzw. dem Vertrag zustimmen oder den Jugendlichen vorgängig zum Vertragsschluss ermächtigen; vgl. zur Thematik ausführlich AEBI-MÜLLER (Fn. 40), Rz. 18 ff.

54 Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 27), Rz. 12.119.

55 Art. 321 StGB.

56 Häufig ist in diesen Fällen auch eine fürsorgliche Unterbringung notwendig (Art. 314b i.V.m. Art. 426 ZGB). Die Notstandsfälle dürfen aber nicht über Gebühr ausgedehnt werden. Insbesondere handelt es sich dann nicht um einen Notstand, wenn die Information der Eltern lediglich als sinnvoll oder geboten angesehen wird, weil die Jugendliche auf ihre Hilfe und Unterstützung bei der Umsetzung der Therapie angewiesen ist. In diesen Fällen bleibt die Ärztin auf den regulären Weg der Einholung einer Entbindung vom Berufsgeheimnis verwiesen, wenn mit der Jugendlichen keine einvernehmliche Lösung gefunden werden kann; vgl. ausführlich MICHEL (Fn. 6), 102 ff.

die Information der Eltern oder von Dritten für notwendig hält und die minderjährige Patientin dem nicht zustimmt.⁵⁷ Selbstredend hat auch der nicht sorgeberechtigte Elternteil keinen unbeschränkten Auskunftsanspruch über den Gesundheitszustand seines urteilsfähigen Kindes. Der Auskunftsanspruch nach Art. 275a ZGB unterliegt den gleichen Beschränkungen wie derjenige des Sorgerechtsinhabers. Das urteilsfähige Kind entscheidet deshalb selbst, welche Informationen weitergegeben werden dürfen, wie das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahr 2015 explizit bestätigt hat.⁵⁸

5. *Urteilsunfähige Kinder und Jugendliche*

Urteilsunfähige Kinder und Jugendliche werden von ihren Eltern vertreten. Die Eltern sind aber nicht gänzlich frei in ihrer Entscheidung, ob eine Behandlung durchgeführt werden soll oder nicht. Ihre Vertretungsmacht und damit ihre Einwilligungskompetenz wird vielmehr eingeschränkt durch die absolut höchstpersönlichen Rechte des Kindes und durch das Kindeswohl.⁵⁹ Das Kindeswohl bildet die wichtigste Schranke der elterlichen Sorge. Es handelt sich dabei bekanntlich um einen stark konkretisierungsbedürftigen Rechtsbegriff, wobei der Interpretationsprimat in der Regel den Eltern zusteht. Kindeswohl umfasst auf jeden Fall mehr als das rein körperliche oder gesundheitliche Wohl. Gleichberechtigt beinhaltet es auch psychische, soziale und kulturelle Aspekte. Es geht folglich darum, die gesamte Lebenssituation des Kindes zu berücksichtigen. Einbezogen werden muss aber auch, wie das Kind selbst seine körperliche Erkrankung bewertet. Dabei geht es darum, sowohl den Ist-Zustand als auch die zukünftige Entwicklung im Auge zu behalten. Man kann hier das kinderrechtliche Postulat des „Rechts auf eine offene Zukunft“⁶⁰ so verstehen, dass dem zukünftigen Erwachsenen, zu dem das Kind einmal heranwachsen wird, möglichst viele Handlungsoptionen offen stehen sollen und sie nicht bereits durch im Kindesalter getroffene Entscheidungen zu stark eingeschränkt werden. Dazu kann es beispielsweise gehören, nicht dringend erforderliche irreversible Eingriffe so lange aufzuschieben, bis der Minderjährige diesbezüglich urteilsfähig geworden ist.⁶¹ Gleichwohl darf das Kind als „seiende Person“

57 Vgl. Art. 321 Ziff. 2 StGB.

58 BGer vom 11.2.2015, 5A_889/2014, E. 3.2.2 f.

59 Art. 19c Abs. 2 ZGB; Art. 301 ZGB.

60 Vgl. FEINBERG, *The Child's Right to an Open Future*, in: AIKEN/LA-FOLLETTE (Hrsg.), *Whose Child?*, Totowa/Littlefield 1980, 124 ff., abgedruckt in: FREEMAN (Hrsg.), *Children's Rights*. Volume I, Aldershot 2004, 213, 216.

61 Vgl. AEBI-MÜLLER/TANNER, *Das behinderte Kind im Zivilrecht*, in: SPRECHER/SUTTER (Hrsg.), *Das behinderte Kind im schweizerischen Recht*, Zürich/Basel/Genf 2006, 81, 86; GUILLON (Fn. 21), 238; BÜCHLER/COTTIER, *Intersexualität, Transsexualität und das Recht. Geschlechtsfreiheit und körperliche Integrität als Eckpfeiler einer neuen Konzeption*, in: *Queering Gender –*

nicht aus dem Blick verloren werden. Auch die aktuelle Lebenssituation und die Lebensumstände des Kindes sind von grosser Bedeutung. Das spielt insbesondere eine Rolle, wenn Behandlungen langwierig und belastend sind, allenfalls auch längere Trennungen von Bezugspersonen sowie vom gesamten sozialen Umfeld erforderlich machen und dennoch die Erfolgsaussichten ungewiss sind.⁶²

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss die Entscheidung darüber, ob eine Behandlung im Kindeswohl liegt oder gar aufgrund von Kindeswohlüberlegungen geboten ist, nach *objektiven* Kriterien getroffen werden.⁶³ Orientierungshilfe bietet dabei der Grundsatz, dass eine „medizinisch indizierte, *lege artis* durchgeführte Behandlung dem Wohl des Kindes entspricht“.⁶⁴ Die Bindung des Vertretungsrechts an das Kindeswohl verpflichtet die Eltern, in lebensnotwendige Behandlungen einzuwilligen. Ausserhalb des objektiv verstandenen Kindeswohls haben sie aber kein Vertretungsrecht.⁶⁵

Dennoch verbleiben erhebliche Rechtsunsicherheiten. Es ist keineswegs immer einfach und eindeutig feststellbar, welche Therapie objektiv angezeigt ist. Wie stellt sich die Situation dar, wenn die Erfolgsaussichten nur relativ gering sind und die Belastungen hoch? Muss dann dennoch in jedem Fall eine Behandlung versucht werden, auch wenn die Eltern dies ablehnen? Zuweilen bestehen auch unter Fachpersonen Meinungsverschiedenheiten und die Standards hinsichtlich der Behandlung können sich schon im Vergleich mit Nachbarländern deutlich unterscheiden. Sind die schweizerischen Standards auch in solchen Fällen verbindlich? Was ist mit Kindern, deren Eltern aus einem anderen Kulturkreis stammen? Muss das bei der Beurteilung, welche Therapie im Kindeswohl liegt, berücksichtigt werden oder bedeutet die Anwendung eines objektiven Standards auch die Ausblendung der kulturellen Zugehörigkeit? Und wenn die kulturelle Zugehörigkeit berücksichtigt werden darf – wo liegen die Grenzen dieser Berücksichtigung? Daran schliesst sich die Frage an, welche Rolle die Ressourcen der Eltern bei der Bestimmung des Kindeswohls spielen. Verlangt das Kindeswohl eine Optimal-Lösung, also die Verwirklichung eines „Best-Standards“, oder genügt eine „Gut-ist-gut-Genug“-Lösung? Gibt es ein Familienwohl, das ebenfalls zu berücksichtigen ist, oder ist nur von einer individualrechtlichen Perspektive des Kindeswohls auszugehen?

Queering Society, Freiburger FrauenStudien, Zeitschrift für Interdisziplinäre Frauenforschung, Freiburg 2005, 115, 128; WERLEN (Fn. 17), 404.

62 Vgl. zum Kindeswohl im Bereich der medizinischen Behandlung MICHEL (Fn. 6), 148 ff., insb. 152 ff.; SCHLATTER (Fn. 7), 104 ff., insb. 107 ff.

63 Vgl. BGE 114 Ia 350, E. 7b, bb; so auch die h.L., vgl. dazu SCHLATTER (Fn. 7), 107 f. m.w.H.

64 TAG, Strafrecht im Arztalltag, in: KUHN/POLEDNA (Hrsg.), *Arztrecht in der Praxis*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, 669, 698.

65 Vgl. Art. 301 Abs. 1 i.V.m. Art. 304 Abs. 1 ZGB, Art. 306 Abs. 3 ZGB; SCHLATTER (Fn. 7), 89 f.; BÜCHLER/MICHEL (Fn. 7), 107.

Es kann vorkommen, dass die Eltern das Wohl ihres Kindes gefährden. Dies kann beispielsweise durch eine völlig ungeeignete Ernährung geschehen oder durch einen stark überbehütenden Erziehungsstil, der dem Kind verunmöglicht, zu einer eigenständigen Persönlichkeit heranzureifen. Es kann aber auch sein, dass die Eltern auf eine Kindeswohlgefährdung, die nicht von ihnen gesetzt wurde, etwa eine Erkrankung, nicht adäquat reagieren (können). Dazu gehört die bewusste Ablehnung von Behandlungen, die dringend angezeigt wären, aber auch die mangelnde Kooperation, Unzuverlässigkeit bei der Medikamentenabgabe, bei der Wahrnehmung von Kontrollterminen oder mangelnde Pflege des erkrankten Kindes. Die Ursachen der Gefährdung sind grundsätzlich unerheblich. Besteht aber eine Gefährdung des Kindeswohls, dann ist die Kindesschutzbehörde zum Erlass von Kindesschutzmassnahmen zuständig. Dies allerdings nur subsidiär, d.h., wenn die Gefährdung nicht durch andere Massnahmen behoben werden kann. In Frage kommen etwa das Einwirken des behandelnden Arztes oder des Sozialdienstes des Spitals oder die Weitervermittlung an geeignete Stellen wie eine spezialisierte familientherapeutische Einrichtung. In Notfällen muss eine lebensnotwendige Behandlung durchgeführt werden, selbst wenn die Kindesschutzbehörde noch nicht entscheiden konnte oder noch kein Beistand bestellt ist.⁶⁶

Das Spektrum möglicher Kindesschutzmassnahmen ist weit: Es besteht die Möglichkeit, dass die Kindesschutzbehörde selbst entscheidet. Sie kann auch einen Beistand bestellen, dem evt. auch das Vertretungsrecht in medizinischen Angelegenheiten übertragen werden kann. Unter Umständen ist es notwendig, das elterliche Vertretungsrecht entsprechend zu beschränken.⁶⁷ Schliesslich kommt auch eine Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts in Betracht und damit verbunden die Platzierung des Kindes im Spital oder in einer geeigneten Einrichtung.⁶⁸ Allenfalls sind dabei auch die Bestimmungen zur fürsorgerischen Unterbringung zu beachten.⁶⁹

Vor der Gefährdungsmeldung an die Kindesschutzbehörde ist in der Regel die schriftliche Entbindung vom ärztlichen Berufsgeheimnis einzuholen.⁷⁰ Dies ist

66 Vgl. Art. 306 Abs. 3 ZGB; MANAI, Pouvoir parental et droit médical, FamPra.ch 2002, 197, 204; FELLMANN, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in: KUHN/POLEDNA (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, 103, 208; MICHEL (Fn. 6), 169 f.; SCHLATTER (Fn. 7), 106 f.; BÜCHLER/SCHLATTER, Der (zu) frühe Start ins Leben. Elternrechte und Kindeswohl bei Entscheidungen am Lebensanfang, FamPra.ch 2016, 35, 41.

67 Vgl. Art. 308 Abs. 2 und 3 ZGB.

68 Art 310 Abs. 1 ZGB.

69 Art. 314b ZGB.

70 Vgl. zum Melderecht für Kindeswohlgefährdungen Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 443 Abs. 1 ZGB, wonach die Bestimmungen über das Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB) vorbehalten bleiben. Personen in amtlicher Tätigkeit sind nach Art. 443 Abs. 2 ZGB meldepflichtig. Ob Abs. 2 von Art. 443 ZGB auch Ärztinnen und Ärzte an öffentlichen Spitälern erfasst, ist umstritten (bejahend: BaslerKomm/AUER/MARTI, Art. 443 ZGB N 25, wobei sich der Arzt dennoch vom