

EJPD
Frau Bundesrätin Baume-Schneider

Zürich, 31. Mai 2023

**Betreff: Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Zivilgesetzbuches
(Erwachsenenschutz). Stellungnahme zum Vorentwurf vom 23. Februar 2023**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Einladung zur Vernehmlassung und nehmen wie folgt Stellung:

1. Allgemeine Bemerkung

Pro Mente Sana spricht sich für eine Rückstellung der Revision zugunsten einer grundlegenden Auseinandersetzung mit den praktischen Problemen im Erwachsenenenschutz unter Berücksichtigung der UN-BRK sowie den abschliessenden Bemerkungen des Ausschusses vom 25. März 2022 zum ersten Staatenbericht der Schweiz aus. Für die Begründung dieses Grundsatzanliegens verweisen wir auf die Stellungnahmen unseres Dachverbandes Inclusion Handicap vom 31. Mai 2023 und jene von Prof. Rosch und Rechtsanwalt Maranta vom gleichen Datum. Für den Fall, dass keine Rückstellung erfolgt, ersuchen wir um die Berücksichtigung der folgenden Ausführungen zu einzelnen Bestimmungen.

2. Die neue Bestimmung Art. 443a Abs. 1 Ziff. 1 VE-ZGB zur Meldepflicht von gewissen Berater*innen lehnt Pro Mente Sana dezidiert ab. Hingegen hält Pro Mente Sana die mit E Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB vorgesehene Erleichterung eines Melderechts für Berufsgeheimnisträger*innen für vertretbar.

Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB (Melderecht für Berufsgeheimnisträger*innen)

Pro Mente Sana erachtet die Einführung eines Melderechts für Berufsgeheimnisträger*innen, welches nicht abhängig ist von einer vorgängigen Entbindung vom Berufsgeheimnis, im Falle von urteilsunfähigen hilfsbedürftigen Personen als vertretbar.

Art. 443a Abs. 1 Ziff. 1 VE-ZGB (Meldepflicht für Berater*innen ausserhalb des Berufsgeheimnisses)

Diese Bestimmung schafft anders als Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB nicht ein neues Melderecht, sondern eine Meldepflicht für gewisse Personen, die nicht dem Berufsgeheimnis nach dem Strafgesetzbuch unterstehen.

Betroffen sind gemäss erläuterndem Bericht (S. 67 oben) «Mitarbeitende bei privaten Unterstützungsorganisationen wie zum Beispiel curaviva, Pro Mente Sana und Pro Senectute, die oft eine Beratungstätigkeit anbieten». Pro Mente Sana teilt die Auffassung des Bundesamtes für Justiz, dass die Berater*innen der erwähnten und weiterer Organisationen mit ähnlichen Dienstleistungen betroffen sind. Pro Mente Sana bietet eine psychosoziale Beratung mit Fachpersonen und Peers sowie eine rechtliche Beratung ausschliesslich durch Fachpersonen an. Unsere Beratungsdienstleistungen betreffen nicht nur, aber oft auch, die im Entwurf erwähnten Bereiche Personensorge und Vermögenssorge. Viele Ratsuchende rufen nur ein einziges Mal an. Schätzungsweise ein Drittel nimmt die Beratungsleistungen aber mehrmals bzw. regelmässig in Anspruch. Bei gewissen Personen dieser Gruppe bestehen konkrete Hinweise dafür, dass sie hilfsbedürftig sind. Trotz aller Bemühungen sind wir nicht immer in der Lage, selbst Abhilfe zu schaffen oder Abhilfe durch andere private Organisationen oder Behörden zu vermitteln und in dieser Form der Hilfsbedürftigkeit gerecht zu werden. Somit erfüllen viele unserer Beratungsbeziehungen mit Klient*innen, die in Art. 443 Abs.2 VE-ZGB aufgeführten und kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen.

Auch wir sind der Überzeugung, dass hilfsbedürftigen, urteilsunfähigen Menschen geholfen werden sollte und dass die KESB jene Behörde ist, welche fachlich und personell grundsätzlich kompetent ist, die Hilfsbedürftigkeit und, im Falle deren Bejahung, die Anordnung von Massnahmen zu prüfen.

Der Zweck der Bestimmung verfolgt also zweifellos ein legitimes Ziel. Der Vorschlag wird im erläuternden Bericht damit begründet, es solle wie bereits im Kinderschutz (durch die jüngste Revision bereits realisiert) auch im Erwachsenenschutz eine Stärkung des Schutzes potenziell hilfsbedürftiger Personen, wie insbesondere alter und psychisch beeinträchtigter Menschen, erfolgen. Diese Gruppen werden unbestritten immer grösser und innerhalb dieser Populationen gibt es zweifellos Subgruppen von hilfsbedürftigen urteilsunfähigen Personen.

Das Mittel zur Erreichung des Zieles erachten wir jedoch als nicht notwendig und vor allem als nicht verhältnismässig.

Unterschied zum Kinderschutz:

Die vorgeschlagene Meldepflicht wird damit begründet, die Bestimmung solle ähnlich jener im Kinderschutz revidiert werden, um besonders vulnerable Gruppen besser zu schützen. Hierzu ist zu bemerken, dass psychisch kranke Menschen oft, aber zum Glück beileibe nicht immer,

hilfsbedürftig und urteilsunfähig sind. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zu Kindern, auf welche diese Qualifikation bis zu einem gewissen Alter in jedem Fall zutrifft. Darum ist es im Falle von Kindern eher als im Falle der hier avisierten Gruppe von alten und psychisch beeinträchtigten Menschen geboten, Melderechte für Berufsgeheimnisträger*innen zu erleichtern und Meldepflichten für gewisse Berater*innen einzuführen. Man kann diese Gruppen hinsichtlich des Schutzbedarfs nicht gleichsetzen mit der Gruppe der ganz besonders, und bis zu einem gewissen Alter in jedem Fall (unabhängig des Gesundheitszustandes), schutzbedürftigen Kinder. Ebenso hat das Selbstbestimmungsrecht im Falle von volljährigen, jedoch in gewissen Phasen urteilsunfähigen Menschen ein grösseres Gewicht als bei Kindern.

Unterminierung des für die Beratung unerlässlichen Vertrauens:

Pro Mente Sana bietet Beratungsdienstleistungen in einem höchst sensiblen und persönlichen Bereich an: Es geht primär um Menschen, welche psychisch und teils auch somatisch erkrankt sind. Wie erwähnt, bieten wir eine rechtliche und eine psychosoziale Beratung an, mit dem Ziel, diesen Menschen und Menschen in ihrem Umfeld eine Unterstützung zu bieten. Damit diese von psychischen Krankheiten betroffenen Menschen anrufen, müssen sie uns vertrauen können. Dies können sie nur, wenn wir fachlich kompetent und unabhängig von Behörden und Versorgern sind.

Dies ist aber nicht hinreichend dafür, dass Betroffene uns vertrauen können. Notwendig ist zusätzlich, dass sich die Hilfesuchenden darauf verlassen können, dass die uns preisgegebenen Informationen weder direkt noch indirekt an Behörden gehen. Dabei geht es nicht nur um Strafbehörden, sondern eben auch um die KESB, welche unbestrittenermassen der betroffenen Person helfen möchte und vielleicht auch könnte. Für Menschen in einer Gesundheits- und oft auch Lebenskrise ist es häufig ohnehin schon schwierig, Hilfe zu suchen. Aus diesem Grund bieten wir eine niederschwellige und vertrauliche Dienstleistung an. Wir möchten gerade auch jene Menschen erreichen, welche aus psychischen, wirtschaftlichen oder anderen Gründen nicht in der Lage sind, Hilfe bei anderen Stellen, wie Behörden (z. B. KESB) oder kommerziellen Anbieter*innen (z. B. freie Psycholog*innen oder Anwäl*innen), aktiv zu suchen. Die erwähnten Gruppen unterstehen richtigerweise dem strafrechtlichen Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB) bzw. dem Amtsgeheimnis und es findet mit der Revision keine Aushöhlung dieses Geheimnisses statt, sondern nur eine Erleichterung beim Melderecht.

Unsere Berater*innen unterstehen dem in Art. 321 StGB statuierten Berufsgeheimnis *nicht*. Ob dies richtig ist, sei dahingestellt. Diese Frage ist nicht Gegenstand der vorliegenden Vernehmlassung. Die Ratsuchenden können sich also nicht auf ein strafrechtlich bewehrtes Berufsgeheimnis unserer Berater*innen verlassen. Umso wichtiger ist es, dass über die in Art. 443 Abs. 1 ZGB schon jetzt bestehende Möglichkeit hinaus, eine Gefährdungsmeldung einzureichen, keine Durchbrechung des für die Beratung absoluten zentralen Vertraulichkeitsprinzips vorgenommen wird. Die vorgeschlagene Bestimmung würde eine solche Durchbrechung, wenn nicht gar Zerstörung, des heute geltenden Vertraulichkeitsprinzips in der Beratungsarbeit vieler Non-Profit-Organisationen bedeuten.

Zu betonen ist, dass diese vertrauenszersetzende Wirkung unabhängig davon eintritt, ob und wie oft in der Praxis unter einem solchen neuen Melderegime dann tatsächlich vermehrt Meldungen vorgenommen würden. Im Bericht wird ausgeführt, im Bereich des Kinderschutzes, wo eine analoge Meldepflicht für Fachpersonen seit Januar 2019 in Form von Art. 314d ZGB bereits eingeführt worden ist, sei eine solche Wirkung ausgeblieben. Gleichwohl sei die neue Norm wertvoll, da die Fachpersonen sensibilisierter seien für mögliche Gefährdungen und die grosse Verantwortung in ihrer Rolle (Bericht, S. 20, 2. Abschnitt).

Die vertrauenszersetzende Wirkung kann auch nicht abgewendet werden durch das Wissen darum, dass die KESB nach Eingang einer Meldung vorerst lediglich den Sachverhalt und das effektive Bestehen einer Gefährdungslage prüft. Bekanntlich wird nach Eingang und Prüfung von Gefährdungsmeldungen eine Massnahme oft gar nicht als notwendig erachtet.

Vertrauen ist bekanntlich rasch zerstört. Hingegen braucht es lange, bis es aufgebaut ist. Nur schon eine abstrakt erhöhte Möglichkeit des Vertrauensbruchs in Form der beabsichtigten Meldepflicht würde den Aufbau dieses für die Beratung unerlässlichen und uns als Vorschuss entgegengebrachten Vertrauens in vielen Fällen verhindern. Ein Vorschuss ist es deshalb, weil die Ratsuchenden meist kein vorbestehendes Vertrauensverhältnis zu einer Beraterin oder einem Berater haben, sondern sich auf unseren Ruf und Empfehlungen durch ihre Behandler*innen verlassen. Es ist ähnlich wie bei der Frage, in welchen Fällen ein Richter wegen Befangenheit in den Ausstand treten muss: Hierfür genügt schon der *Anschein* der Befangenheit. Übersetzt auf unsere Situation: Für die *Zerstörung des Vertrauens genügt die generell-abstrakt formulierte gesetzliche Pflicht* der Berater*innen, in gewissen Fällen eine *Gefährdungsmeldung machen zu müssen*.

Die Wirkung der Einführung einer Meldepflicht könnte in vielen Fällen gar kontraproduktiv sein. Denn gerade unter den kranken, urteilsunfähigen und hilfsbedürftigen Ratsuchenden dürften viele sein, welche die gesetzlich verankerte Meldepflicht unserer Berater*innen von der Kontaktaufnahme abhalten würde. Dies würde dann bedeuten, dass nicht nur keine Meldung an die KESB gemacht würde, sondern dass auch die niederschwellige Unterstützung in Form unserer Beratung wegfallen würde. Somit würden diese Menschen im Ergebnis nicht wie mit der Gesetzesnovell intendiert mehr, sondern im Ergebnis weniger Schutz erfahren.

Im Vernehmlassungsbericht wird diese kontraproduktive Wirkung in den Ausführungen zum erleichterten Melderecht gemäss Art. 443 VE-ZGB erkannt und ausgeführt: «Da im Erwachsenenschutzrecht das Prinzip der Selbstbestimmung zentral ist, kann dies [Bedürfnis nach stärkerem Schutz von psychisch kranken und älteren Personen ohne nahestehende Personen] jedoch nur hinsichtlich hilfsbedürftiger urteilsunfähiger Personen gelten. Ansonsten würde das Risiko bestehen, dass betroffene Personen aus Angst vor einer Meldung an die KESB keine Hilfe mehr suchen oder das Vertrauensverhältnis (zum Beispiel zum Hausarzt) sich auflösen würde.»

Diese richtige Überlegung des Bundesamts für Justiz muss konsequenterweise auch bei der Erwägung möglicher Nachteile der Einführung einer *Meldepflicht* (Art. 443a VE-ZGB) gelten.

Aus diesen Gründen lehnt Pro Mente Sana die vorgeschlagene Meldepflicht für Berater*innen dezidiert ab.

Art. 443a Abs. 1 Ziff. 2 VE-ZGB (Meldepflicht für Personen *in amtlicher Funktion*)

Pro Mente Sana spricht sich für die Beibehaltung dieser Pflicht aus (bislang in Art. 443 Abs. 2).

Art. 443a Abs. 1 VE-ZGB (Neuformulierung des die Meldepflicht auslösenden Sachverhaltes)

Die neue Umschreibung des die Pflicht auslösenden Tatbestandes («wenn konkrete Hinweise dafür bestehen, dass eine Person hilfsbedürftig ist») befürwortet Pro Mente Sana.

3. Die neue Bestimmung Art. 441a E-ZGB sollte explizit auch ausgewählte Zwangsmassnahmen innerhalb von Spitälern und Wohn- und Pflegeeinrichtungen umfassen, welche keine Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts sind, für die Betroffenen oft aber mindestens so einschneidend sind: Die Behandlung ohne Zustimmung (Art. 434), die Isolation und die Fixierung.

Pro Mente Sana bejaht die Verpflichtung der Kantone zur Bereitstellung der statistischen Grundlagen und Kennzahlen zu Massnahmen des KESR sowie die Schaffung einer Bundeskompetenz für die Festlegung von Grundsätzen und Modalitäten der Datenerhebung. Die Schaffung einer solchen Bestimmung ist notwendig. Auch wenn Verständnis da ist für die Notwendigkeit technischer Abklärungen, ist der Antrag des Bundesrates vom 16. Februar 2022, es sei die Motion 21.4634 Bircher vom 17. Dezember 2021 abzulehnen, nicht nachvollziehbar. Wenn nun aber auf dem Wege der vorliegenden Gesetzesrevision und der späteren zügigen Umsetzung derselben Abhilfe geschaffen würde, so geschähe das Nötige zwar sehr spät, aber es geschieht immerhin.

Die Bestimmung geht aber inhaltlich klar zu wenig weit. Die schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften hat Richtlinien zu Zwangsmassnahmen in der Medizin erlassen (4. Auflage 2018, einsehbar auf <https://www.samw.ch/de/Ethik/Themen-A-bis-Z/Zwangsmassnahmen-in-der-Medizin.html>). Dort wird der Begriff Zwang definiert und zwischen freiheitsentziehenden Massnahmen wie der FU und freiheitseinschränken Massnahmen unterschieden.

In dieser Richtlinie wird auf S. 20 zutreffend ausgeführt: «Die Anwendung von Zwang ist keineswegs ein normaler Bestandteil psychiatrischen Handelns, sondern stets an eine enge, klar definierte und überprüfbare Kriterien geknüpfte Ausnahme.» Gleiches sollte auch für Wohn- und Pflegeeinrichtungen gelten.

In der Schweiz sollte Klarheit darüber herrschen, wie oft die besonders einschneidenden Zwangsmassnahmen, Zwangsmedikation, Isolation und Fixierung in Spitälern, Wohn- und Pflegeeinrichtungen angewendet werden. Denn dies sind schwerwiegende Eingriffe in die persönliche Freiheit und das Selbstbestimmungsrecht. Für die Betroffenen sind sie einschneidend und manchmal traumatisierend. Das gleiche gilt für die Institutionen und das Personal. Solange solche Massnahmen als ultima ratio gemäss geltendem Recht zulässig sein können, sollten sie im Mindesten statistisch erhoben werden. Nur so können das Ausmass der Verbreitung erkannt, mögliche Alternativen diskutiert sowie eine hemmende Wirkung durch eine schweizweite Pflicht zur Datenerfassung erzielt werden.

Die vorgeschlagene Bestimmung soll nun aber nur die Datenlage über *Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes* verbessern. Nicht aber schwerwiegende Zwangsmassnahmen, welche in der Umsetzung einer KESB-Massnahme (insbesondere fürsorgerische Unterbringungen) oder ganz ausserhalb einer solchen (insbesondere in Wohn- und Pflegeeinrichtungen) durchgeführt werden. Die Bestimmung sollte deshalb ausgeweitet werden hinsichtlich der Art der erfassten Massnahmen: Es sollten auch Zwangsmedikationen (Art. 434 ZGB), Isolationen und Fixierungen erfasst werden. Diese Massnahmen benötigen keinen KESB-Beschluss und bleiben somit unter dem Radar der vorgeschlagenen Bestimmung.

Viele, aber eben nicht alle Institutionen erfassen bereits Zwangsmassnahmen, welche keine Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts sind. Jene, die dies tun, machen es jedoch nicht nach den gleichen Begrifflichkeiten und es fehlt eine zentrale Erfassung der so nur unvollständig und in unterschiedlichem Verständnis der Begriffe gesammelten Daten. Deshalb können diese mangelhaften Daten nur beschränkte Wirkung entfalten bei der Diskussion des Themas Zwang in Spitälern und Heimen sowie bei Bestrebungen, Zwang zu reduzieren und Alternativen dazu zu entwickeln.

Pro Mente Sana schlägt deshalb folgende Formulierung vor:

Art. 441a E-ZGB

Die Kantone sorgen für die Bereitstellung der statistischen Grundlagen und Kennzahlen zu den Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts **sowie zu Behandlungen ohne Zustimmung (Art. 434), Isolation und Fixierung in Spitälern sowie Wohn- und Pflegeeinrichtungen.**

Freiheitsbeschränkte Massnahmen und insbesondere Einschränkungen der Bewegungsfreiheit werden auch in Wohn- und Pflegeeinrichtungen angewandt. Auch die diesbezügliche Datenlage ist völlig unzureichend. Darum wird vorgeschlagen, nebst der Erwähnung der Wohn- und Pflegeeinrichtungen im vorgeschlagenen Art. 441a E-ZGB (vgl. oben), Art. 384 ZGB mit einem Absatz 4 zu ergänzen, welcher gleich lautet wie Art. 441a E-ZGB:

Art. 384 Abs. 4 neu ZGB

Die Kantone sorgen für die Bereitstellung der statistischen Grundlagen und Kennzahlen zu Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit.

4. Bestimmungen, welche Pro Mente Sana explizit befürwortet

Art. 361a VE-ZGB

Pro Mente Sana begrüsst die Stärkung der Selbstbestimmung in Form der Pflicht der Kantone zur Schaffung einer zentralen Hinterlegungsmöglichkeit für den Vorsorgeauftrag.

Art. 363 Abs. 1 VE-ZGB

Pro Mente Sana befürwortet die Erkundigungspflicht der KESB hinsichtlich Bestands eines Vorsorgeauftrags.

Art. 374 VE-ZGB

Pro Mente Sana spricht sich für das gesetzliche Vertretungsrecht für faktische Lebenspartner*innen aus.

Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3 und 8 VE-ZGB

Pro Mente Sana erachtet das Vertretungsrecht der faktischen Lebenspartner*innen sowie der Nichten und Neffen bei medizinischen Massnahmen als nötig.

Art. 389a VE-ZGB

Pro Mente Sana begrüsst die Stärkung der Rechtssicherheit durch eine Legaldefinition des Begriffs «Nahestehende Person».

Art. 400 Abs. 1^{bis} VE-ZGB

Pro Mente Sana bejaht die Einführung einer Verpflichtung der KESB, zu prüfen, ob eine nahestehende Person Beistand oder Beiständin werden kann für alle oder einen Teil der Aufgaben.

Art. 406 Abs. 3 VE-ZGB

Pro Mente Sana spricht sich für einen stärkeren und neu gesetzlich explizit vorgesehenen Einbezug der nahestehenden Person durch den Beistand oder die Beiständin bei der Erfüllung der im Rahmen der Beistandschaft zu erfüllenden Aufgaben aus.

Art. 446 Abs. 2^{bis} VE-ZGB

Pro Mente Sana begrüsst den obligatorischen Einbezug einer allfällig vorhandenen nahestehenden Person bei der Abklärung des Sachverhalts.

Art. 446a VE-ZGB

Pro Mente Sana bejaht die Schaffung von Rechtssicherheit dadurch, dass der Begriff der am Verfahren beteiligten Person geklärt wird und die KESB durch Zwischenentscheid Klarheit darüber schaffen wird, in welchen Fällen eine nahestehende Person am Verfahren beteiligt ist. Insbesondere wird begrüsst, dass künftig keine automatische Verfahrensbeteiligung und hiermit Akteneinsicht der nahestehenden Person mehr erfolgt und dies neu nach materiellen Gesichtspunkten statt allein durch die Form der Eingabe bestimmt wird.

Art. 76 Abs. 1^{bis} E-BGG

Pro Mente Sana spricht sich dafür aus, dass die Legitimation zur Beschwerde ans Bundesgericht gleich geregelt wird wie im Falle der Legitimationsregelung für das kantonale Verfahren (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB).

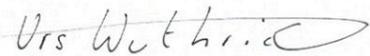
Wir danken für die Kenntnisnahme und ersuchen um Berücksichtigung unserer Bemerkungen zum Gesetzesentwurf.

Mit freundlichen Grüssen

Muriel Langenberger
Geschäftsleiterin

Norina Schwendener
Stv. Geschäftsleiterin

Urs Wüthrich, Rechtsanwalt
Fachverantwortung Recht



Für weitere Auskünfte steht Ihnen zur Verfügung:

Urs Wüthrich
u.wuethrich@promentesana.ch
044 446 55 00, 044 446 55 15 direkt
Schweizerische Stiftung Pro Mente Sana
Hardturmstrasse 261
8005 Zürich

Kopie an:

Dachverband Inclusion Handicap, per E-Mail an Dr. iur. Caroline Hess-Klein