

## **BGE 118 II 249**

Bundesgericht (BGE), 1991-07-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_118 II 249](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_118_II_249)

FR: ATF 118 II 249

IT: DTF 118 II 249

### **Regeste**

Regeste Fürsorgerische Freiheitsentziehung. Der Sachverständige im Sinne von Art. 397e Ziff. 5 ZGB muss einerseits ein ausgewiesener Fachmann und andererseits unbefangen sein. Das bedeutet, dass der Sachverständige sich nicht bereits im gleichen Verfahren über die Krankheit des Betroffenen geäußert haben darf. Für ihn gilt, ob er Mitglied des Gerichts ist oder nur als Hilfsperson des Richters amtiert, der gleiche Grundsatz wie für den Richter, dass eine Mitwirkung in der unteren Instanz in demselben Verfahren ausgeschlossen ist.

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

Der Berufungskläger macht im wesentlichen eine Verletzung von Art. 397e Ziff. 5 ZGB geltend. Diese Bestimmung findet sich im Rahmen einer Reihe von Verfahrensvorschriften, die unter dem BGE 118 II 249 S. 251 Einfluss der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950 Eingang in das ZGB gefunden haben ( BGE 115 II 130 ). Das bedingt, dass die Anwendung und Auslegung dieser Verfahrensvorschriften in Übereinstimmung mit den durch Bundesverfassung und EMRK gewährleisteten Garantien zu erfolgen hat. Eine Missachtung dieser Garantien bedeutet indessen zunächst eine Verletzung der in das ZGB aufgenommenen Bestimmungen, die vor Bundesgericht mit der Berufung zu rügen ist ( BGE 115 II 131 unten). Auch in früheren Streitfällen im Zusammenhang mit den vom Bundesrecht geregelten Verfahrensgrundsätzen wurde die Berufung zugelassen ( BGE 112 II 486 ff., 113 II 393 E. 1 und BGE 114 II 216 ff.; anders freilich BGE 114 Ia 183 E. 3). a) Art. 397e Ziff. 5 ZGB schreibt vor, dass bei psychisch Kranken nur unter Beizug von Sachverständigen über die Anordnung oder Weiterführung einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung entschieden werden darf. Wer als Sachverständiger zu betrachten ist und welche Umstände allenfalls der Ernennung des vom Gericht vorgesehenen Sachverständigen entgegenstehen, darüber sagt weder das Gesetz noch die EMRK, noch die bundesrätliche Botschaft zur fürsorgerischen Freiheitsentziehung vom 26. September 1977 (BB1 1977 III 39) etwas Konkretes aus. Auch der entsprechenden Vorschrift im Vormundschaftsrecht, nämlich Art. 374 Abs. 2 ZGB , lässt sich nur soviel entnehmen, dass die Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche nur nach Einholung des Gutachtens von Sachverständigen erfolgen darf (vgl. SCHNYDER/MURER, N 38 der Vorbemerkungen zu Art. 369-375 ZGB ; N 13 zu Art. 369 ZGB ). Dabei werden wohl in aller Regel der zu Entmündigende, aber sehr oft auch die Person, über die eine fürsorgerische Freiheitsentziehung angeordnet wird, zunächst einmal von Klinikärzten im Zusammenhang mit einer - oft unvorhersehbaren, krisenbedingten - Klinikeinweisung begutachtet. Das lässt sich bei erstmaliger Einweisung im Lichte einer EMRK-konformen Auslegung von Art. 397e Ziff. 5 ZGB nicht beanstanden (vgl. FROWEIN/PEUKERT, Europäische

Menschenrechtskonvention, Kommentar, N 75 zu Art. 5 EMRK ). Dem steht auch nicht entgegen, dass Klinikärzte zumeist Beamte sind und als solche in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zum einweisenden Staat stehen. Denn müssten solche Ärzte überhaupt als Gutachter ausgeschlossen werden, entstünden vor allem für kleinere Kantone beinahe unlösbare praktische Probleme. Ausserdem liesse sich in keiner Weise rechtfertigen, Klinikärzte, nur weil sie Angestellte des Gemeinwesens sind, zum vornherein als ungeeignet im BGE 118 II 249 S. 252 Sinne von Art. 397e Ziff. 5 ZGB zu betrachten. Zu verlangen ist einzig ein objektives Gutachten eines fachkundigen neutralen Arztes. b) Anders verhält es sich indessen, wenn eine bestimmte Person wegen stets gleicher Vorkommnisse mehrere Male in derselben Klinik untergebracht wird. Wird die Freiheitsentziehung als ungerechtfertigt angefochten und stützt sich das urteilende Gericht bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen gemäss Art. 397a ZGB erfüllt sind, ausschliesslich auf Berichte des behandelnden Arztes bzw. von dessen Vorgesetzten, lässt sich die Objektivität der Begutachtung - bei aller subjektiven Redlichkeit des Gutachters - nicht hinreichend bejahen; der Gutachter, der gemäss Art. 397e Ziff. 5 ZGB massgebende Hilfsperson des Richters sein soll, ist in diesem Fall kaum mehr als neutral zu betrachten. Die Gefahr der fehlenden Neutralität erwiese sich dann als weniger gross, wenn der urteilenden Instanz fachkundige Mitglieder angehören würden; zusammen mit der notwendigen mündlichen Anhörung des Betroffenen ( BGE 115 II 134 E. c) liesse sich unter dieser Voraussetzung die dem Richter obliegende kritische Würdigung des gutachterlichen Berichts wohl nicht in Zweifel ziehen, vor allem, wenn dem Betroffenen - was hier trotz Art. 190 Abs. 2 der kantonalen Zivilprozessordnung nicht geschehen ist - ausdrücklich Gelegenheit gegeben wird, allenfalls Einwände gegen den Gutachter vorzubringen. Der Hinweis des Berufungsklägers auf BGE 110 II 122 ist daher durchaus verständlich, auch wenn sich aus diesem Entscheid keineswegs eine bundesrechtliche Pflicht für die Kantone herleiten lässt, einen Sachverständigen als Mitglied des urteilenden Gerichts beizuziehen. Den Kantonen steht auch im Rahmen des Art. 397e ZGB hinsichtlich der Zusammensetzung des Gerichts ein erhebliches Mass an Freiheit zu ( BGE 115 II 132 f. E. a und b). c) Im vorliegenden Fall geht es jedoch um die weitere Frage, was bei Einreichung eines Entlassungsgesuchs anzuordnen ist. Der Berufungskläger geht gestützt auf BGE 110 II 122 ff. davon aus, dass bei Beurteilung eines Gesuchs um Entlassung aus einer Anstalt Sachverständiger nur sein könne, wer einerseits die erforderliche berufliche Qualifikation aufweise und andererseits weder an der Einweisung noch an der Behandlung des Betroffenen mitwirke bzw. mitgewirkt habe. In der Berufungsschrift wird darauf hingewiesen, dass es hier um die Frage des Ausstandes von Sachverständigen gehe. Die Ausstandsgründe werden indessen grundsätzlich vom kantonalen Recht geregelt, so dass die Verletzung entsprechender Vorschriften mit staatsrechtlicher Beschwerde zu rügen ist. In Art. 397e Ziff. 5 ZGB BGE 118 II 249 S. 253 wird jedoch der Beizug eines Sachverständigen vom Bundesrecht vorgeschrieben. Wie bereits dargelegt, konkretisiert diese Bestimmung eine verfahrensrechtliche Garantie der EMRK. Die einlässliche Umschreibung der massgebenden Verfahrensregeln in den Art. 397a ff. ZGB entsprang der Sorge des Bundesgesetzgebers, im heiklen Bereich der fürsorglichen Freiheitsentziehung sämtliche von der EMRK geforderten Verfahrensgarantien einheitlich zu ordnen und deren Verletzung im Berufungsverfahren vor Bundesgericht überprüfen zu lassen ( BGE 115 II 131 unten). Zu den wesentlichen Verfahrensgarantien gehört aber auch, dass der in Art. 397e Ziff. 5 ZGB erwähnte Sachverständige, auch wenn er nicht Mitglied der urteilenden Instanz ist, einerseits ein ausgewiesener Fachmann und andererseits unbefangen sein muss.

Das bedeutet, dass der Experte sich nicht bereits im gleichen Verfahren, d.h. im  
Verwaltungsverfahren, das dem Gerichtsverfahren vorangegangen ist, über die Krankheit  
des Betroffenen geäußert haben darf. Denn für den Sachverständigen gilt, ob er nun  
Mitglied des Gerichts ist oder nur als Hilfsperson des Richters amtiert, institutionell der  
gleiche Grundsatz wie für den Richter, dass eine Mitwirkung in der unteren Instanz  
ausgeschlossen ist (analog Art. 22 Abs. 1 lit. b OG ). Es darf nämlich nicht übersehen  
werden, dass der Richter bei Beurteilung der Gründe im Sinne von Art. 397a Abs. 1 und 3  
ZGB massgebend auf die Meinung des Sachverständigen angewiesen ist. Die vom  
Bundesgesetzgeber im Rahmen der fürsorglichen Freiheitsentziehung dem  
Sachverständigen eingeräumte Stellung beruht auf einer Ausnahmeregelung; seine Stellung  
ist keineswegs vergleichbar mit derjenigen eines Experten, der in einem Beweisverfahren  
beigezogen wird. Der Sachverständige muss zwingend vor der Beurteilung einer streitigen  
Einweisung oder Entlassung aus dem fürsorglichen Freiheitsentzug angehört werden. Es  
sind daher an diesen Experten hinsichtlich seiner Unbefangenheit die gleichen  
Anforderungen zu stellen wie an das urteilende Gericht. In der Regel hat aber ein  
Anstaltsarzt bereits im Verwaltungsverfahren bzw. in der unteren Instanz mitgewirkt. Das  
ergibt sich schon daraus, dass zu einem Entlassungsgesuch zuerst einmal die  
Anstaltsleitung Stellung zu nehmen hat. Im Falle der Ablehnung des Gesuchs steht es dem  
Betroffenen frei, den Rechtsweg zu beschreiten. Dabei ist dem Berufungskläger  
beizupflichten, dass es nicht wünschbar wäre, wenn die in der Klinik tätigen Ärzte auch  
noch als Sachverständige im Sinne von Art. 397e Ziff. 5 ZGB auftreten würden. Ein solches  
Vorgehen wäre mit Sinn und Zweck der genannten Bestimmung unvereinbar.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte  
Originaltext. Quellen-URL siehe oben.