

Sandra Hotz (Hrsg.)

Handbuch Kinder im Verfahren

Stellung und Mitwirkung von Kindern
in Straf-, Zivil-, Gesundheits-, Schul- und
Asylverfahren

DIKE 

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2020 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen

ISBN 978-3-03891-111-1

www.dike.ch

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort	V
Dank der Herausgeberin	VII
Verzeichnis der Autorinnen	IX
Inhaltsübersicht	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXIX
Materialienverzeichnis	XLIX

Einleitung	1
-------------------------	---

Teil 1: Konzept	9
------------------------------	---

§ 1 Konzept für ein kinderfreundliches Verfahren	11
A. Leitbild von Mitwirkung und besonderem Schutz	12
B. Stellung des Kindes im Verfahren	13
1. Kind als mitwirkende Person	13
2. Einheitlichkeit von Verfahrensregeln	14
3. Grundsätze zum Schutz des Kindes im Verfahren	15
C. Wer hat welche Aufgaben in einem Verfahren mit Kind?	16
1. Behörde: Information und Anhörung zur Berücksichtigung der übergeordneten Kindesinteressen (Kindeswohl)	16
2. Vertrauensperson: Begleitung und Unterstützung zur Stärkung des Wohlbefindens des Kindes	19
3. Fachperson: Vertretung des Kindes im Verfahren zur Einbringung und Wahrnehmung der Kindesinteressen (Kindeswille)	20
4. Eltern: Begleitung, Unterstützung und Vertretung	23
D. Rasche, kostenfreie Verfahren vor einer Fachbehörde	24
1. Fachbehörde	24
2. Rasche und kostenfreie Verfahren	25
E. Unabhängige Kontrollinstanz	26

Teil 2: Grundlagen	29
---------------------------------	----

§ 2 Kinderfreundliche Verfahren als Teil einer europäischen Agenda ...	31
A. Aktuelle Entwicklung in Europa	31
B. Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz (2010)	36
1. Leitbild eines freundschaftlichen Verhaltens	36
2. Wichtigste Inhalte der Leitlinien	37
3. Vorbildfunktion für die Schweiz	39
C. Praxisrelevanz in der Schweiz	40
D. Zwischen Denkkonzept, Notwendigkeit und Machbarkeit	46
1. Denkkonzept	46

2. Notwendigkeit	47
3. Machbarkeit	47
§ 3 Psychologische Grundlagen	49
A. Einleitung	49
B. Partizipation oder Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen aus psychologischer Sicht	50
1. Zur Begrifflichkeit	50
2. Wie beurteilen Kinder und Jugendliche ihre Möglichkeiten der Mitwirkung?	53
3. Bedeutung der Mitwirkung für Kinder und Jugendliche	57
4. Warum Kinder und Jugendliche nicht einbezogen werden	59
5. Möchten Kinder und Jugendliche mitsprechen oder entscheiden? ..	61
C. Entwicklungspsychologische Voraussetzungen für eine Mitwirkung des Kindes	63
1. Wille des Kindes	63
2. Entscheidungskompetenz	65
3. Emotionale und psychosoziale Voraussetzungen	68
D. Merkpunkte für eine gelingende Mitwirkung des Kindes	69
1. Aufklärung über die Möglichkeiten der Mitwirkung	70
2. Aufklärung über die Problemlage	71
3. Erfragen des Wunsches nach Mitwirkung	72
4. Kinderfreundliche Gesprächsführung	72
E. Schlusswort	74
§ 4 Rechtliche Grundlagen	76
A. Einleitung	77
B. Mitwirkungsrechte – eine begrifflich-dogmatische Annäherung	77
1. Selbstbestimmungsrecht	78
2. Mitwirkungsrecht	79
3. Partei- und Prozessfähigkeit	79
4. Fazit	80
C. Mitwirkungsrecht und Schutz der übergeordneten Kindesinteressen als völker- und verfassungsrechtlich geschützte Kinderrechte	80
1. Recht auf Mitwirkung nach UN-Kinderrechtskonvention (1997) ...	81
2. Recht auf Mitwirkung nach Art. 7 UN-Behindertenrechtskonvention	103
3. Recht auf Mitwirkung und Schutz der übergeordneten Kindes- interessen nach EMRK und weiteren jüngeren Konventionen des Europarates	107
4. Mitwirkungsrechte und Schutz der übergeordneten Kindesinteressen nach den internationalen Haager Übereinkommen	115
5. Besonderer Schutz der Kinder und Förderung ihrer Entwicklung nach Verfassungsrecht (Art. 11 BV)	119
D. Allgemeine Verfahrensgarantien des Völker- und des Verfassungsrechts	127
1. Internationale und nationale Verfahrensgarantien	127
2. Rechtliches Gehör und garantierter Zugang zum Verfahren als zentrale Garantien für ein Kind	133

3.	Verhältnis der Verfahrensgarantien zu den spezifischen Kinderrechten (Art. 12 KRK und Art. 11 BV)	136
E.	Mitwirkungs- und Selbstbestimmungsrechte als Persönlichkeitsrechte des Kindes	137
1.	Das Kind als Träger von Persönlichkeitsrechten	138
2.	Selbstbestimmungsrechte von Kindern	140
3.	Auch urteilsunfähige Kinder haben Mitwirkungsrechte	150
F.	Zusammenfassung der wichtigsten rechtlichen Grundlagen	151
Teil 3: Stellung und Mitwirkung des Kindes in einzelnen Verfahren		155
§ 5	Jugendstrafverfahren	157
A.	Einleitung	159
B.	Parteistellung der Jugendlichen	159
C.	Wirkungen der Parteistellung	160
1.	Rechtliches Gehör	160
2.	Beauftragen einer Rechtsvertretung	161
3.	Mitwirkungspflicht bei der Beweiserhebung	163
4.	Eröffnung des Entscheids oder der Verfügung	165
5.	Beschwerderecht	166
6.	Kostenübernahme	167
7.	Unentgeltliche Rechtspflege	168
D.	Das selbstständig handelnde Kind	169
1.	Parteifähigkeit	169
2.	Prozessfähigkeit	170
E.	Das vertretene Kind	171
1.	Verhältnis zwischen Kind und gesetzlicher Vertretung	172
2.	Verhältnis zwischen Kind und Vertrauensperson	174
F.	Das mitwirkende Kind	176
1.	Direkt betroffenes Kind	177
2.	Zeuge	179
3.	Auskunftsperson	182
G.	Das Kind in der Mediation	184
1.	«Angeleitetes Versöhnungsverfahren»	184
2.	Voraussetzungen	184
3.	Ablauf	185
4.	Ausschlussgründe	186
5.	Praktische Bedeutung	186
H.	Zusammenfassung	187
§ 6	Familienrechtliche Verfahren	190
A.	Einleitung	192
B.	Parteistellung	192
1.	Eherechtliche Verfahren	193
2.	Kindesschutzverfahren	193

C.	Wirkungen der Parteistellung	194
1.	Rechtliches Gehör	194
2.	Beauftragen einer Rechtsvertretung	195
3.	Mitwirkungspflicht bei der Beweiserhebung und Zeugnis- verweigerungsrecht	198
4.	Eröffnung des Entscheids oder der Verfügung	199
5.	Beschwerderecht	200
6.	Kostenübernahme	202
7.	Unentgeltliche Rechtspflege	203
D.	Das selbstständig handelnde Kind in den einzelnen Verfahren	204
1.	Abstammungsverfahren	204
2.	Adoptionsverfahren	206
3.	Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut, der Betreuung oder des persönlichen Verkehrs	210
4.	Verfahren zur Rückführung des Kindes	211
5.	Kindesschutzverfahren, insbesondere fürsorgerische Unterbringung	212
6.	Verfahren betreffend Unterhaltsanspruch gegenüber den Eltern	215
E.	Das vertretene Kind	216
1.	Verhältnis zwischen Kind und gesetzlicher Vertretung	216
2.	Verhältnis zwischen Kind und Fachperson	218
F.	Das mitwirkende Kind	225
1.	Mitwirkungsrechte	225
2.	Zeuge	235
G.	Das Kind in der Mediation	237
1.	Direkte Beteiligung des Kindes	237
2.	Indirekte Beteiligung des Kindes	239
H.	Zusammenfassung	240
§ 7	Gesundheitsrechtliche Verfahren	246
A.	Einleitung	248
1.	Gesundheit und Mitwirkungsrechte	248
2.	Potenzial für Interessenkollisionen	250
B.	Völker- und grundrechtlicher Kontext	252
1.	Kinderrechte in Gesundheitsbelangen nach UN-Kinderrechts- konvention	252
2.	Schutzanspruch einwilligungsunfähiger minderjähriger Personen nach Art. 6 Abs. 2 Biomedizinkonvention	255
3.	Integrativer Ansatz einer kinderfreundlichen Gesundheitsversorgung nach den Leitlinien des Europarates	256
4.	Verfassungsrechtlicher Anspruch des Kindes auf Selbstbestimmung und Mitwirkung in Gesundheitsbelangen	259
C.	Mitwirkungsrechte im Gesundheitsbereich	260
1.	Materielle Mitwirkungsrechte des Kindes	260
2.	Vertretungsrechte der Eltern und ihre Grenzen	265
3.	Bedeutung des Informed Consent für das Verfahren	269
D.	Anwendungsbereiche	270

1. Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche des direktgeschädigten Kindes	270
2. Genetische Untersuchungen bei Kindern	275
3. Zwangsbehandlungen und fürsorgerische Unterbringung	280
E. Zentrale gemeinsame Verfahrensrechte im Gesundheitsbereich	288
1. Rechtsgrundlagen	288
2. Zugang zum Verfahren	289
3. Kind als Partei	290
F. Zusammenfassung	292
§ 8 Schulrechtliche Verfahren	295
A. Einleitung	297
1. Schule und Rechte des Kindes	297
2. Die rechtliche Stellung des Kindes in der Schule	298
B. Grundrechtskontext	299
1. Anspruch auf Grundschulunterricht (Art. 19 BV)	299
2. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV)	301
3. Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 BV)	302
4. Grundrechtsmündigkeit	303
C. Anwendungsbereiche	305
1. Zugang zur Schule und zum Unterricht	305
2. Leistungsbewertungen	305
3. Massnahmen für Kinder mit besonderen Bedürfnissen	306
4. Disziplinarische Massnahmen	306
D. Verfahrensrecht im Schulbereich	307
1. Rechtsgrundlagen	307
2. Verfahrensgarantien	307
3. Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren	308
4. Verfahrensmaximen	310
5. Verfahrensbeteiligte	310
E. Zugang zum Verfahren	313
1. Handeln der Behörden mittels Verfügung	313
2. Verfahren bei verfügungsfreiem Handeln	315
3. Beschwerdebefugnis	315
F. Mitwirkungsrechte	316
1. Mitwirkung des Kindes gemäss kantonalen Schulerlassen	316
2. Mitwirkung der Eltern gemäss kantonalen Schulerlassen	318
3. Organisierte Mitwirkung der Kinder in der Schule	320
4. Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Verfassung und Völkerrecht	320
G. Zusammenfassende Schlussbetrachtung	326
§ 9 Asylverfahren	328
A. Einleitung	329
B. Parteistellung des Kindes	330
1. Minderjährige Asylsuchende	330
2. Unbegleitete minderjährige Asylsuchende	332

C.	Wirkungen der Parteistellung	332
1.	Anspruch auf rechtliches Gehör	333
2.	Recht auf Vertretung und Verbeiständung	335
3.	Pflicht zur Mitwirkung bei Beweiserhebungen	337
4.	Recht auf Prüfung und Begründung der Verfügung	338
5.	Recht auf Beschwerde	339
6.	Pflicht zur Kostenübernahme	339
7.	Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege	340
D.	Das selbstständig handelnde Kind	341
1.	Parteifähigkeit	341
2.	Prozessfähigkeit	341
E.	Das vertretene Kind	343
1.	Gesetzliche Vertretung bei der Einreise in die Schweiz	343
2.	Mit der gesetzlichen Vertretung betraute Fachpersonen	344
F.	Das mitwirkende Kind	355
1.	Anhörung	355
2.	Mitwirkungspflicht als Zeuge oder Auskunftsperson	359
G.	Das Kind in der Mediation	359
H.	Zusammenfassung	360
Teil 4:	Praktischer Teil	365
§ 10	Arbeitsvorlagen und Hinweise für die Praxis	367
A.	Zu den Quellen	367
B.	Anhörung des Kindes	368
1.	Einladungsbriefe an Kinder	369
2.	Kindesanhörung den Eltern erklären	372
3.	Kindesanhörung dem Kind erklären	373
4.	Kindesanhörung – eine Leitlinie	374
5.	Fragetechniken und -beispiele	378
6.	Rahmenbedingungen und Ausstattung	379
7.	Gesprächsnotiz einer Anhörung in einem Scheidungsverfahren	381
C.	Fachperson Kindesvertretung im Verfahren	385
1.	Wann ist eine rechtliche Vertretung für das Kind angezeigt?	386
2.	Verfügung einer Fachperson Kindesvertretung (Eheschutzverfahren)	390
3.	Zur Rolle der Kindesvertreterin oder des Kindesvertreters	392
D.	Mediation	395
1.	Was ist Mediation?	396
2.	Wann kommt eine Mediation infrage?	397
E.	Adressen, Links und Literaturhinweise	403
1.	Ausgewählte Adressen und Links	403
2.	Literaturhinweise für Kinder, Eltern sowie beteiligte Fachpersonen (Auswahl)	404
	Stichwortverzeichnis	409

§ 7 Gesundheitsrechtliche Verfahren

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	7.3
1. Gesundheit und Mitwirkungsrechte	7.3
2. Potenzial für Interessenkollisionen	7.8
B. Völker- und grundrechtlicher Kontext	7.13
1. Kinderrechte in Gesundheitsbelangen nach UN-Kinderrechtskonvention	7.13
a) Anspruch auf Gesundheitsversorgung nach Art. 24 KRK	7.13
b) Anspruch des Kindes auf Mitwirkung in Gesundheitsbelangen nach Art. 12 KRK	7.16
2. Schutzanspruch einwilligungsunfähiger minderjähriger Personen nach Art. 6 Abs. 2 Biomedizinkonvention	7.18
3. Integrativer Ansatz einer kinderfreundlichen Gesundheitsversorgung nach den Leitlinien des Europarates	7.23
4. Verfassungsrechtlicher Anspruch des Kindes auf Selbstbestimmung und Mitwirkung in Gesundheitsbelangen	7.27
C. Mitwirkungsrechte im Gesundheitsbereich	7.29
1. Materielle Mitwirkungsrechte des Kindes	7.29
a) Informed Consent des urteilsfähigen Kindes	7.29
b) Mitwirkungsrechte von urteilsunfähigen Kindern	7.37
c) Information, Mitsprache und Begleitung	7.40
2. Vertretungsrechte der Eltern und ihre Grenzen	7.46
a) Stellvertretender Informed Consent	7.46
b) Grenzen der Stellvertretung	7.48
c) Kindeswohl, Meldepflichten und Melderechte sowie Kindesschutzmassnahmen	7.50
3. Bedeutung des Informed Consent für das Verfahren	7.53
D. Anwendungsbereiche	7.58
1. Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche des direktgeschädigten Kindes	7.58
a) Direktgeschädigtes Kind ist im Zivil- oder im Verwaltungsverfahren aktivlegitimiert	7.58
b) Interessenkollision als Regelfall	7.65
c) Bedeutung von Art. 12 KRK für das Verfahren	7.67
2. Genetische Untersuchungen bei Kindern	7.69
a) Bundesgesetzliche Schranken betreffend genetische Untersuchungen	7.69
b) Informationsanspruch des Kindes	7.73
c) Selbstständiges Klagerecht des Kindes mit Auswirkungen auf das Eltern-Kind-Verhältnis (Abstammungsverfahren)	7.76
d) Mitwirkungspflicht des Kindes im Abstammungsverfahren (Art. 296 Abs. 2 ZPO)	7.84
3. Zwangsbehandlungen und fürsorgerische Unterbringung	7.85
a) Behandlungen ohne Zustimmung des Kindes	7.85
b) Fürsorgerische Unterbringung des Kindes in einer psychiatrischen Klinik (Kindesschutzverfahren)	7.92
c) Zwang zur Gesundheitskontrolle von schulpflichtigen Kindern und Zwangsbehandlung (Verwaltungsverfahren)	7.101

E.	Zentrale gemeinsame Verfahrensrechte im Gesundheitsbereich	7.105
1.	Rechtsgrundlagen	7.105
2.	Zugang zum Verfahren	7.106
3.	Kind als Partei	7.108
a)	Kind als selbstständig handelnde Partei	7.110
b)	Mitwirkungsrechte in Gesundheitsbelangen bei Interessenkollision	7.111
c)	Mitwirkungsrechte des Kindes betreffend Gesundheitsbelange im Kindes- schutzverfahren sind nur teils konkretisiert	7.113
F.	Zusammenfassung	7.114

Beispiel

A., geboren am 25. Juni 1992, wendet sich am 2. September 2005 mit ihrer Mutter ans Centre Médical Y., weil sie im Nachgang eines Sturzes auf das Steissbein im Sportunterricht Schmerzen verspürt. Die untersuchende Ärztin B. diagnostiziert eine Verletzung des Steissbeins und klärt A. und ihre Mutter über zwei Therapieoptionen auf: Entweder ist auf eine Behandlung zu verzichten (und abzuwarten) oder es ist ein rektaler Eingriff vorzunehmen, um das Steissbein korrigierend in Position zu bringen. Letzteres nehme B. nicht selbst vor, aber sie kenne den Osteopathen X., der diesen Eingriff machen könne. Da die Mutter Interesse an dieser Behandlung bekundet, wird X. kontaktiert, der noch gleichentags einen Eingriff durch das Rektum vornimmt, um die Position des Steissbeins zu korrigieren, obschon sich die Patientin A. in der Gegenwart von ihrer Mutter und von X. gegen den Eingriff ausspricht. X. nimmt einen ersten Eingriff vor und dann einen zweiten, nachdem er im Röntgenbild gesehen hat, dass der erste noch nicht den gewünschten Erfolg zeigt. X. gibt zwar zu, dass A. während der Behandlung schrie, angespannt war und keine Anzeichen von Kooperation zeigte, er dies aber für eine übliche Reaktion eines Mädchens hielt, das Schmerzen verspürte. A. erklärt demgegenüber, sie habe X. während beiden Eingriffen gebeten, diese zu unterlassen; dieser habe aber nicht auf sie gehört. Die Mutter von A. beschwert sich am 6. September 2005 beim kantonalen Ärzteverband über das Verhalten von X. Der Leiter der kantonalen Gesundheits- und Sozialbehörde leitet ein Administrativverfahren ein. Nachdem beide Parteien angehört worden sind und eine Befragung von A. am 6. Oktober 2006 ergeben hat, dass A. nach einer gewissen Überlegungszeit und der Einnahme eines Beruhigungsmittels erklärt hat, dass sie die Behandlungen nicht wünsche, entscheidet der kantonale Gesundheitsrat, dass X. verpflichtet gewesen wäre, auf die Meinung von A. zu hören, auch wenn sich deren Mutter nicht gegen die Behandlung ausgesprochen hat. Der Leiter der kantonalen Gesundheits- und Sozialbehörde verurteilt X. am 10. Mai 2007 zu einer Disziplinarbusse von CHF 1500.–.

BGE 134 II 235; Original auf Französisch

7.1

Dieses Kapitel behandelt die Stellung des Kindes in gesundheitsrechtlichen Verfahren; es gibt nicht *das* formell-gesetzlich geregelte Verfahren im Gesundheitsbereich (Rz. 7.3). Damit kommt in diesem für das Kind mindestens ebenso wichtigen Themenbereich wie Familie oder Schule den Rechtsgrundlagen (vgl. § 4) besondere

7.2

Bedeutung zu (Rz. 7.13 ff.). Für medizinische Behandlungen ist der *Informed Consent* (informierte Einwilligung) des urteilsfähigen minderjährigen Patienten zentral. Dieser führt letztlich auch dazu, dass in der Regel Parteirechte bestehen. Darüber hinaus ist auch das urteilsunfähige und einwilligungsunfähige Kind in seinen Mitwirkungsrechten in gesundheitsrechtlichen Verfahren zu schützen, was auf Mitwirkungsrechte wie Information, Begleitung oder Unterstützung hinausläuft (Rz. 7.29 ff.). Die Mitwirkungsrechte des Kindes fallen aber je nach gesundheitsrechtlichem Anwendungsbereich unter spezifische Regelungen und verschiedene Verfahren. Herausgegriffen werden drei unterschiedliche Verfahrensbereiche: Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche im Zivilverfahren, genetische Untersuchungen im Zivil- oder Abstammungsverfahren und Zwangsbehandlungen im Kinderschutzverfahren (Rz. 7.58 ff.). Es gibt keine Einheit der gesundheitsrechtlichen Verfahren, aber es gibt Stellungen des Kindes, die alle in den soeben genannten Verfahren vorkommen und sich herauschälen lassen (Rz. 7.105 ff.). Zum Schluss dieses Kapitels werden die gemeinsamen Punkte zur Stellung des Kindes in gesundheitsrechtlichen Verfahren zusammengefasst (Rz. 7.114 ff.).

A. Einleitung

1. Gesundheit und Mitwirkungsrechte

- 7.3 Ein Kind kann in vielfältiger Weise mit Verfahren im Gesundheitsbereich in Berührung kommen. Manchmal wird es gar nichts davon merken, beispielsweise bei einer DNA-Untersuchung in einem Abstammungsverfahren. In der Schule kommt ein Kind mit diversen vorsorgenden medizinischen Untersuchungen in Berührung. Ferner möchten Jugendliche unter Umständen selbstständig eine medizinische Fachperson konsultieren können, wenn Fragen zu Schwangerschaft oder Gewalterlebnissen auftreten. Meist werden Kinder jedoch von ihren Eltern zu privaten medizinischen Fachpersonen begleitet und die Eltern der Kinder entscheiden als rechtliche Vertretung (de facto) über einen Heileingriff der Minderjährigen (Art. 304 ZGB).
- 7.4 Die Gesundheitsbelange des Kindes betreffen je nach konkretem Anwendungsbereich *ein privatrechtliches oder ein öffentlich-rechtliches Verfahren*. Manchmal kommen auch verschiedene Verfahren nebeneinander in Frage. Das Eingangsbeispiel zur medizinischen Behandlung des Kindes zeigt beispielsweise, dass dieses Gegenstand eines Disziplinarverfahrens und damit eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens war. In der Praxis kann eine unsorgfältige medizinische Behandlung des Kindes gleichzeitig Gegenstand eines zivilrechtlichen Verfahrens und eines

Strafverfahrens sein. Fälle von kantonaler Staatshaftung (z.B. Behandlungsfehler eines Universitätsspitals) sind zwar öffentlich-rechtlicher Natur, letztlich sind aber meist die Zivilgerichte bzw. die zivilrechtlichen Kammern zuständig.¹

Besonders heikel sind im Rahmen eines gesundheitsrechtlichen Kinderschutzes 7.5
verfahrens die fürsorgerische Unterbringung von Kindern in eine Psychiatrie oder die Zwangsbehandlung (s. Rz. 7.85 ff.). Das zivilrechtliche Kinderschutzverfahren zählt, wie bereits in § 6 dargelegt, formell zum Familienrecht, und es kommen subsidiär die Bestimmungen der ZPO zur Anwendung (Art. 314 i.V.m. Art. 450 f. ZGB). Die Frage nach der Zulässigkeit von medizinischen Zwangseingriffen kann aber etwa in die Zuständigkeit staatlicher Gesundheitsvorsorge (Stichwort: schulärztliche Untersuchung) fallen² und damit dem verwaltungsrechtlichen Verfahren zugeordnet sein.

Der Gesundheitsbereich liegt ausserdem weitgehend *in der Kompetenz der Kan-* 7.6
tone,³ das heisst, zu den Mitwirkungsrechten des Kindes im Gesundheitsbereich sind stets auch die kantonalen Gesundheits- oder Patientinnen- und Patientengesetze sowie die Kantonsverfassungen zu konsultieren. Es gibt aber auch einige bundesrechtlich geregelte Bereiche: Heute kommt es etwa vermehrt zu genetischen Untersuchungen des Kindes und zu Verfahren bezüglich des Abstammungsrechts, in die das Kind unfreiwillig involviert wird – so etwa bei Klagen betreffend das Bestehen oder Nichtbestehen einer Vaterschaft oder zur Klärung eines angezweiferten Kindesverhältnisses.⁴ In der Praxis kommt es bei bleibenden Gesundheitsbeeinträchtigungen eines Kindes ausserdem relativ häufig zu öffentlich-rechtlichen Verfahren betreffend sozialversicherungsrechtliche Ansprüche.⁵ Ferner setzt beispielsweise ein Forschungsprojekt mit Kindern gemäss dem Humanforschungsgesetz⁶ eine Bewilligung des Gesuchs durch die zuständige kantonale Ethikkommission voraus – ein weiteres Verfahrensbeispiel zum Gesundheitsschutz, das den verwaltungsrechtlichen Verfahren zuzuordnen ist.

Der Gesundheitsbereich ist aber nicht nur von unterschiedlichen Anwendungsbereichen und Verfahren geprägt, sondern auch von Handlungsanweisungen, die 7.7

¹ Vgl. § 19 Haftungsgesetz des Kantons Zürich vom 14. September 1969 (Haftungsgesetz/ZH; LS 170.1); Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG (BGE 139 III 252).

² BGE 118 Ia 427 E. 7c.

³ Art. 118 BV.

⁴ BGE 144 III 1 betr. Vaterschaftsfeststellungsklage eines biologischen Vaters.

⁵ Auf Ausführungen zu diesem Aspekt wird im vorliegenden Buch verzichtet.

⁶ Bundesgesetz über die Forschung am Menschen vom 30. September 2011 (HFG; SR 810.30).

nur zum Teil in ein förmliches Verfahren münden. Die Mitwirkungsrechte des Kindes nach Art. 12 KRK gelten (auch) im Gesundheitsbereich *explizit über die formellen gerichtlichen und administrativen Verfahren hinaus* (Rz. 4.34ff.) und erfassen damit auch sämtliche Entscheidungsprozesse zu gesundheitlichen Belangen (gemeinsam mit den Eltern und der medizinischen Fachperson, im Krankenhaus oder in einer psychiatrischen Klinik).

2. Potenzial für Interessenkollisionen

- 7.8 Minderjährige Patientinnen und Patienten haben im Grundsatz die gleichen Rechte wie Erwachsene. Sie sind aber auf besonderen Schutz angewiesen, weil der gesamte Gesundheitsbereich materiell und formell sehr komplex ist.⁷ Bei Gesundheitsfragen handelt es sich zunächst oft um existentielle und höchstpersönliche Fragen, die für das Kind schon *sehr früh* im Leben wichtig sind.
- 7.9 Erschwerend kommt hinzu, dass zwischen den Wertvorstellungen des Kindes und denjenigen der um das Kindeswohl besorgten Eltern ein Spannungsfeld bestehen kann. Die Situation wird noch schwieriger, wenn sich die beiden Elternteile nicht einig sind oder wenn deren Vorstellungen vom Kindeswohl von denjenigen der medizinischen Fachperson (und dem Betreuungsteam) und/oder von jenen der Behörden (KESB oder Schulbehörden) abweichen. Es ist also besonders wichtig, dass die Abläufe von Entscheidungsprozessen zwischen den Akteuren geklärt und die Stellung des Kindes im Verfahren sowie seine Mitwirkungsrechte frühzeitig dargestellt werden (bevor es zu einem eigentlichen Behandlungsplan kommt).⁸
- 7.10 Kinder und Jugendliche haben das Recht, über alle Heileingriffe selbst zu entscheiden, die sie entsprechend ihrer Entwicklung und Reife selbst einschätzen können – für die sie also urteilsfähig sind. Grundsätzlich bleibt rechtlich weder für die gesetzliche Vertretung noch für eine behördliche Massnahme Raum.⁹ Ausser Frage steht auch, dass es für den Erfolg einer medizinischen oder psychologischen Behandlung von entscheidender Bedeutung ist, dass das betroffene Kind die Behandlung mitträgt. Dies setzt voraus, dass eine solche Behandlung dem Kind erklärt und von diesem verstanden wurde. Ebenso unbestritten ist, dass es für den Behandlungserfolg

⁷ Bundesrat, Bericht Patientenpartizipation, 7 ff.

⁸ Ein konkretes Beispiel bilden die interdisziplinär verfassten Handlungsempfehlungen zum Umgang mit Kindern, die von einer Aufmerksamkeits- und Hyperaktivitätsstörung betroffen sind: Horz, Kinder fördern, 22 ff.

⁹ OGer, LGVE 2007 Nr. 2, 3. 12. 2007.

von Nutzen ist, wenn die betroffene minderjährige Patientin durch ihre Eltern oder andere Vertrauenspersonen unterstützt wird.¹⁰

Die Eltern sind für die Betreuung, die Erziehung und den Unterhalt ihres Kindes verantwortlich und haben deshalb ein berechtigtes Anliegen, in den Informationsprozess einbezogen zu werden. Dies kann aber *in Konflikt zur ärztlichen Schweigepflicht* stehen, die bei einem urteilsfähigen Kind auch gegenüber den Eltern besteht (bspw. betreffend Verschreibung eines Verhütungsmittels).¹¹

In sehr schwierigen Situationen, wie z.B. bei Suizidalität oder bei lebensgefährlichen Essstörungen von Minderjährigen, werden es ferner nicht die Kinder sein, die um ärztliche Beratung ersuchen, sondern die Eltern (evtl. auch Lehrpersonen). Zudem können bei psychischen Erkrankungen die Eltern oder manchmal auch die Lehrperson oder die Schule Teil des Konfliktes bzw. ein Mitgrund für die Krankheit sein.¹² Es kommt auch vor, dass die Eltern eine stationäre Behandlung des Kindes in einer psychiatrischen Klinik als eigenes Versagen auffassen und sich deswegen dagegen sträuben.¹³ Oder umgekehrt: Eltern stimmen einer fürsorgerischen Unterbringung, die durch einen Arzt oder eine Ärztin empfohlen wird, rasch zu, weil sie sich vor dem Kontakt mit den Behörden und allfälligen Massnahmen fürchten.

¹⁰ Vgl. die Leitlinien des Europarates für eine kinderfreundliche Gesundheitsversorgung, Rz. 2.15 ff.; RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Selbstbestimmung Minderjähriger in der Psychotherapie, in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 1465 ff., 1474.

¹¹ Entsprechend ist ab Urteilsfähigkeit des Kindes davon auszugehen, dass dieses allein zur Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht zuständig ist: BÜCHLER/HOTZ, 568 f.

¹² SONJA ROTHÄRMEL/GABRIELE WOLFLAST/JÖRG MICHAEL FEGERT, Informed Consent, ein kinderfeindliches Konzept? Von der Benachteiligung minderjähriger Patienten durch das informed consent-Konzept am Beispiel der Kinder- und Jugendpsychiatrie, MedR 1999, 293 ff., 296; RUMETSCH, 90 f.

¹³ RUMETSCH, 90 f.

B. Völker- und grundrechtlicher Kontext

1. Kinderrechte in Gesundheitsbelangen nach UN-Kinderrechtskonvention

a) Anspruch auf Gesundheitsversorgung nach Art. 24 KRK

- 7.13 In der Schweiz besteht zweifellos ein hoher Standard in der Grundversorgung und der Behandlung von Krankheiten und die Rechte betreffend die Gesundheitsversorgung sind im Wesentlichen durch Art. 24 KRK gewährleistet.¹⁴ Dennoch hat der UN-Kinderrechtsausschuss die Schweiz in seinem letzten Bericht aus dem Jahr 2015 in Bezug auf einige Gesundheitsbelange des Kindes explizit kritisiert und entsprechende Empfehlungen verfasst.¹⁵ Kinderspezifische Gesundheitsthemen wie Stress, Magersucht oder Suizidalität zeigen, dass es sich – auch in einem reichen Industriestaat – um ein Themenfeld von existentieller Bedeutung für das Kind (und alle Beteiligten) handeln kann. Gesundheitsrechtliche Verfahren können genauso einschneidend sein wie das Scheidungsverfahren der Eltern oder ein Strafverfahren, die für Kinder formell-gesetzliche Mitwirkungsrechte vorsehen (vgl. §§ 5 und 6).
- 7.14 Art. 24 KRK legt fest, dass Kinder ein Recht auf das «erreichbare Höchstmass an Gesundheit sowie auf Inanspruchnahme von Einrichtungen zur Behandlung von Krankheiten und zur Wiederherstellung der Gesundheit» haben. Im General Comment no. 15 zur Gesundheit des Kindes vom 17. April 2013 legt der UN-Kinderrechtsausschuss aus, was darunter zu verstehen ist.¹⁶ Die Gesundheitsrechte des Kindes können grob in drei verschiedene Schutzbereiche unterteilt werden: (1) Zu

¹⁴ Das Recht des Kindes auf gesunde Entwicklung und Wohlbefinden ist in Art. 41 lit. b BV als verfassungsmässiges Sozialziel formuliert. Nur der Anspruch auf elementare Gesundheitsversorgung ist gemäss Art. 12 BV unmittelbar einklagbar (vgl. Art. 41 Abs. 4 BV).

¹⁵ CRC/C/CHE/CO/2–4: Der UN-Kinderrechtsausschuss äusserte sich beispielsweise zur Suizidalitätsrate unter Jugendlichen (Rz. 62), zu Übergewicht bei Kindern (Rz. 56 lit. b, Rz. 57 lit. b), zur Diskriminierung und Fehlbehandlung von Kindern mit Autismus-Spektrum-Störungen (Rz. 54 lit. d–f, Rz. 55 e–f). Weiter zeigte er sich besorgt, dass Kinder mit AD(H)S vorschnell als psychisch krank betitelt und mit Stimulanzien behandelt würden (Rz. 60), dass eine signifikant hohe Zahl von Mädchen in der Schweiz von Genitalverstümmelungen betroffen oder von solchen bedroht sind (Rz. 42 lit. a, Rz. 43) sowie über die Fälle von medizinisch nicht indizierten chirurgischen Geschlechtsoperationen oder anderen Eingriffen an intersexuellen Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung (DSD) (Rz. 42 lit. b, 43). S.a. Rz. 4.25.

¹⁶ CRC, General Comment no. 15 ist derzeit in Überarbeitung.

gang des Kindes zu medizinischer Behandlung und Gesundheitsversorgung (vgl. Art. 24 Abs. 1 KRK), (2) Gesundheitsvorsorgemassnahmen für das Kind, worunter staatliche Schutzmassnahmen, private und öffentlich-rechtliche gesundheitliche Behandlungen des Kindes (vgl. Art. 24 Abs. 2–3 KRK) sowie die internationale Zusammenarbeit (Art. 24 Abs. 4 KRK) fallen, und (3) finanzielle Unterstützung aufgrund gesundheitlicher Beeinträchtigungen, seien dies Schadensersatzansprüche infolge Haftung oder sozialrechtliche Ansprüche infolge langfristiger Gesundheitsbeeinträchtigung.

Für *Zwangsbehandlungen* des Kindes (s. Rz. 7.85 ff.) ist ferner Art. 25 KRK zu beachten, der die regelmässige Überprüfung der Behandlung und der Unterbringung verlangt. Art. 23 KRK hält ferner die Rechte des Kindes mit Behinderung fest: Weder diese Bestimmung noch Art. 25 KRK (Unterbringung) oder Art. 7 BRK äussern sich jedoch dazu, ob Zwangsbehandlungen bei Kindern aufgrund von Eigengefährdung zulässig sind. Gemäss dem UN-Kinderrechtsausschuss sollte die notwendige Gesundheitsversorgung für Kinder mit psychischen Störungen aber idealerweise ohne Zwangsunterbringung und ohne Zwangsmedikation erfolgen.¹⁷ 7.15

b) Anspruch des Kindes auf Mitwirkung in Gesundheitsbelangen nach Art. 12 KRK

Die Mitwirkungsrechte des Kindes in allen Aspekten der gesundheitlichen Versorgung nach Art. 12 KRK werden bereits im General Comment no. 12 (2009) besonders betont (s. Rz. 4.53):¹⁸ Der UN-Kinderrechtsausschuss führt für diesen Themenbereich erstens explizit aus, dass bereits *sehr junge Kinder* – d.h. Kinder von 0–8 Jahren¹⁹ – mitwirken können sollen.²⁰ Zweitens soll die Mitwirkung in Gesundheitsbelangen sowohl auf individueller als auch auf institutioneller Ebene stattfinden:²¹ Das bedeutet konkret, dass Kinder von medizinischen Fachpersonen, von Institutionen des Gesundheitsbereichs (z.B. Spitälern), aber auch von Bildungsstätten im Rahmen von Gesundheitsberufen und von Gesetzgebern tatsächlich zu ihren Bedürfnissen zu befragen sind. Wichtig sind inhaltlich u.a. folgende vier Punkte: (1) der Zugang zur Gesundheitsversorgung, (2) das altersunabhängige Recht auf medizinische Beratung, (3) der Informed Consent, der vom UN-Kinder-

¹⁷ CRC, General Comment no. 15, Rz. 38 f.

¹⁸ CRC, General Comment no. 15, Rz. 19; CRC, General Comment no. 12, Rz. 98 ff.

¹⁹ CRC, General Comment no. 7, Rz. 4; CRC, General Comment no. 12, Rz. 101–102.

²⁰ CRC, General Comment no. 12, Rz. 100.

²¹ CRC, General Comment no. 12, Rz. 98 ff., 104.

rechtsausschuss (ausnahmsweise) von einem Mindestalter abhängig gemacht wird,²² und (4) die behindertengerechte Aufklärung.²³

- 7.17 Der jüngere General Comment no. 15 (2013) sieht zur Mitwirkung des Kindes nach Art. 12 KRK in Gesundheitsbelangen schlicht vor,²⁴ dass Kinder über sämtliche sie betreffende Gesundheitsbelange zu informieren sind und dass ihre Meinung zu diesen Belangen individuell und institutionell einzuholen ist. Das Informationsrecht des Kindes richtet sich gleichermaßen an die Eltern und die medizinischen Fachpersonen.²⁵ Das Mitwirkungsrecht schliesst mit ein, dass Kinder mit psychischen Beeinträchtigungen und Behinderungen (i.S.v. Art. 23 KRK; Art. 7 BRK) sowie nach Art. 12 KRK einen Anspruch auf Mitsprache bei der Unterbringung in ein Spital oder eine Psychiatrie haben²⁶ und nicht gegen ihren Willen von den Eltern getrennt, isoliert oder medikamentös behandelt werden dürfen²⁷.

²² Dies steht im Gegensatz zur allgemeinen Regel gemäss CRC, General Comment no. 12, Rz. 21, wonach keine Altersregelungen festzulegen sind, sondern stets auf den Individualfall abzustellen ist. Begründet wird diese Ausnahme damit, dass mit einer sog. fixen Mindestaltersregelung (a) die Aufmerksamkeit der Verfahrensbeteiligten allgemein auf das Kind gerichtet werde und damit (b) eine Vermutung zugunsten der Urteilsfähigkeit des Kindes festgelegt werde. Eine solche Regelung schliesst die Mitwirkung jüngerer Kinder nicht aus.

²³ CRC, General Comment no. 12, Rz. 100.

²⁴ CRC, General Comment no. 15, Rz. 19.

²⁵ KRK-Komm-SCHMAHL, Art. 12 N 22.

²⁶ SCHMAHL, 95 ff., 100 ff.; vgl. die folgenden allgemeinen Bemerkungen des UN-Kinderrechtsausschusses (ältere und jüngere Beispiele) an Grossbritannien in 2008 (CRC/C/GBR/CO/4, Rz. 38 f., 45 lit. f, 56) und an Grossbritannien in 2016 (CRC/GBR/CO/5, Rz. 60 lit. c/e) sowie an Belgien in 2010 (CRC/C/BEL/CO/3–4, Rz. 58, betr. Trennung von Eltern und Isolation von Kindern in der psychiatrischen Klinik).

²⁷ Betreffend Anstieg von psychischen Störungen bei Kindern, namentlich auch dem Anstieg der medikamentösen ADHS-Therapie zeigt sich der UN-Kinderrechtsausschuss in seinen Bemerkungen auch in jüngerer Zeit explizit besorgt (jüngere und ältere Beispiele): an Belgien in 2010 (CRC/C/BEL/CO/3–4, Rz. 58) und an Belgien in 2019 (CRC/C/BEL/CO/5–6, Rz. 32–33, insb. Rz. 32 lit. a) wie auch an Japan 2019 (CRC/CJP/CO/4–5, Rz. 34–35, insb. Rz. 34 lit. d, Rz. 35 lit. e) und wie auch an die Schweiz 2015 (CRC/C/CHE/CO/2–4, Rz. 60).

2. Schutzanspruch einwilligungsunfähiger minderjähriger Personen nach Art. 6 Abs. 2 Biomedizinkonvention

In der Schweiz gilt seit dem 1. November 2008 in gesundheitsrechtlichen Belangen des Kindes auch das Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin des Europarates mit seinen Zusatzprotokollen.²⁸ Die sog. Biomedizinkonvention statuiert für sämtliche Interventionen im Gesundheitsbereich Regeln zur Aufklärung und Einwilligung (Art. 5 ff.) sowie namentlich für alle Personen und damit auch für Kinder ein Recht auf Auskunft und ein Recht auf Nichtwissen (Art. 10 Abs. 2).²⁹ 7.18

Während Art. 5 Biomedizinkonvention das Prinzip des *Informed Consent* international festschreibt (dazu Rz. 7.29 ff.) und das Selbstbestimmungsrecht aller einwilligungsfähigen Patientinnen und Patienten statuiert,³⁰ regelt Art. 6 explizit die Mitwirkung der einwilligungsunfähigen Personen. 7.19

Art. 6 Abs. 1 Biomedizinkonvention schreibt den Grundsatz fest, dass für eine einwilligungsunfähige Person die Zustimmung vertretungshalber nur dann erteilt werden darf, wenn die Intervention zu ihrem unmittelbaren Nutzen erfolgt.³¹ Art. 6 Abs. 2 berücksichtigt die *minderjährigen einwilligungsunfähigen* Personen speziell,³² wobei die Meinung des Kindes mit zunehmender Reife mehr Gewicht haben soll.³³ 7.20

²⁸ Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin vom 4. April 1997, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. November 2008 (Biomedizinkonvention; SR 0.810.2); BGE 127 I 6 E. 5 f.; die Schweiz hat im Rahmen der Ratifizierung Vorbehalte im Bereich der Transplantationsmedizin sowie mit Bezug auf die Vertretungsberechtigung bei urteilsunfähigen Personen angebracht, wobei letzterer mit Inkraftsetzung des neuen Erwachsenenschutzrechtes obsolet wurde (AS 2008 5151). Die Zusatzprotokolle vom 30. Juni 2004 zur biomedizinischen Forschung sowie jene vom 27. November 2008 zu Gentests für gesundheitliche Zwecke wurden von der Schweiz bisher nicht unterzeichnet.

²⁹ Darüber hinaus enthält die Biomedizinkonvention zentrale Anforderungen an genetische Untersuchungen, an die Transplantationsmedizin und an die Forschung am Menschen.

³⁰ Botschaft Biomedizinkonvention, 284: «Das 2. Kapitel (Art. 5–9) markiert die Wende von der direktiven Medizin zum Selbstbestimmungsrechte der Patientin oder des Patienten» (Hervorhebung im Original).

³¹ Botschaft Biomedizinkonvention, 284.

³² Botschaft Biomedizinkonvention, 295.

³³ MICHEL, 21 f., 60 f., 202; WERLEN, Rz. 348 ff.

7.21

Art. 6 Biomedizinkonvention (Schutz einwilligungsunfähiger Personen)

(1) Bei einer einwilligungsunfähigen Person darf eine Intervention nur zu ihrem unmittelbaren Nutzen erfolgen; die Artikel 17 und 20 bleiben vorbehalten.

(2) Ist eine minderjährige Person von Rechts wegen nicht fähig, in eine Intervention einzuwilligen, so darf diese nur mit Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters oder einer von der Rechtsordnung dafür vorgesehenen Behörde, Person oder Stelle erfolgen.

Der Meinung der minderjährigen Person kommt mit zunehmendem Alter und zunehmender Reife immer mehr entscheidendes Gewicht zu.

(3) Ist eine volljährige Person auf Grund einer geistigen Behinderung, einer Krankheit oder aus ähnlichen Gründen von Rechts wegen nicht fähig, in eine Intervention einzuwilligen, so darf diese nur mit Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters oder einer von der Rechtsordnung dafür vorgesehenen Behörde, Person oder Stelle erfolgen.

Die betroffene Person ist so weit wie möglich in das Einwilligungsverfahren einzubeziehen.

[...]

7.22

Art. 6 Abs. 2 Biomedizinkonvention ist ein wichtiges *Signal*, denn für Kinder fehlt eine vergleichbare ausdrückliche Bestimmung in einem Bundesgesetz.³⁴ Der materielle Rechtsschutz geht aber letztlich nicht über denjenigen des allgemeinen zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes hinaus,³⁵ sodass diese Bestimmung in der Praxis kaum von Belang ist.

3. Integrativer Ansatz einer kinderfreundlichen Gesundheitsversorgung nach den Leitlinien des Europarates

7.23

Internationale Vorbildfunktion für die Mitwirkung von Kindern in allen sie betreffenden Gesundheitsbelangen haben heute die Leitlinien des Europarates für eine kinderfreundliche Gesundheitsversorgung vom 21. September 2011 (Originaltitel: «Council of Europe guidelines on child-friendly health care»)³⁶, die auch im Rahmen der Initiative «Ein Europa für und mit Kindern bauen» entstanden ist (s.a. Rz. 2.3 ff.).

³⁴ Art. 377 Abs. 3 ZGB besagt es jedoch sinngemäss auch für minderjährige Patientinnen und Patienten (SCHNELLER/BERNARDON, 120; BIDERBOST, FU, 365) und Art. 301 Abs. 2 ZGB besagt nichts anderes im Verhältnis zwischen dem Kind und seinen Sorgeberechtigten.

³⁵ Entsprechend findet sich auch keine höchstrichterliche Rechtsprechung zur Biomedizinkonvention; BGE 127 Ia 6 E. 5 f. (noch vor der Ratifikation); BGer, 2C_9/2010, 12.4.2010, E. 3.3.

³⁶ Abrufbar unter <<https://rm.coe.int/168046cce6>> (besucht am 26.8.2019).

Leitlinien des Europarates für eine kinderfreundliche Gesundheitsversorgung (2011)³⁷ (Auszug)

I. Gegenstand und Zweck

1. Die Leitlinien für eine kinderfreundliche Gesundheitsversorgung bieten einen integrativen Ansatz für die Entwicklung einer breiten Palette von Gesundheitsmassnahmen für Kinder.
2. Dieser Ansatz stellt die Rechte, Bedürfnisse und Ressourcen der Kinder in den Mittelpunkt der Gesundheitsmassnahmen und berücksichtigt dabei ihr familiäres und soziales Umfeld. Er fördert die Bereitstellung kinderorientierter Dienste, die auf den spezifischen Bedürfnissen der Kinder und ihren sich entwickelnden Fähigkeiten beruhen und die Mitwirkung der Kinder auf allen Entscheidungsebenen ihrem Alter und Reifegrad entsprechend sicherstellen.

III. Prinzipien des kinderfreundlichen Gesundheitsansatzes

C. Mitwirkung (engl. «participation»)

11. Es ist ein anerkanntes Prinzip, dass ein Kind, das in der Lage ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht hat, diese Ansichten in allen das Kind betreffenden Angelegenheiten offen zum Ausdruck zu bringen, wobei die Ansichten des Kindes dem Alter und der Reife entsprechend gebührend berücksichtigt werden.
12. Im Gesundheitsbereich hat dieses Prinzip zwei Dimensionen:
 - i. Wenn das Kind nach dem Gesetz in der Lage ist, einer Intervention zuzustimmen, darf diese Intervention erst dann durchgeführt werden, wenn das Kind seine freie und informierte Zustimmung erteilt hat. Ist das Kind nach dem Gesetz nicht in der Lage, einer Intervention zuzustimmen, so ist die Meinung des Kindes als mitbestimmender Faktor im Verhältnis zu seinem Alter und seinem Reifegrad zu berücksichtigen. (Alle) Kinder sollten vorher angemessen informiert werden.
 - ii. Kinder sollten auch als aktive Mitglieder unserer Gesellschaft betrachtet werden und nicht als rein passive Subjekte von Entscheidungen, die von Erwachsenen getroffen werden. Dies bedeutet, dass sie unter Berücksichtigung ihres Alters und ihres Reifegrads informiert und konsultiert werden (müssen) und die Möglichkeit erhalten, an gesellschaftlichen Entscheidungsprozessen zu Gesundheitsfragen teilzunehmen, einschliesslich solcher zur Bewertung, Planung und Verbesserung von Gesundheitsdiensten.

IV. Der kinderfreundliche Gesundheitsansatz

A. Die Rechte, die dem kinderfreundlichen Gesundheitsansatz zugrunde liegen Mitwirkung

23. Mitwirkung bedeutet, dass die Kinder das Recht haben, informiert, beraten und gehört zu werden sowie ihre Meinung unabhängig von ihren Eltern zu äussern und dass

³⁷ Die deutsche Übersetzung des folgenden Auszuges stammt von der Autorin dieses Kapitels.

ihre Meinungen berücksichtigt werden. Mitwirkung impliziert die Anerkennung von Kindern als aktive Interessensvertreterinnen und -vertreter und beschreibt den Prozess, durch den sie an der Entscheidungsfindung beteiligt sind. Der Umfang der Beteiligung von Kindern hängt sowohl von ihrem Alter, ihren Fähigkeiten, ihrer Reife und von der Bedeutung der zu treffenden Entscheidung ab.

24. Eltern und Familien sollten Kinder ermutigen, sich an der Entscheidungsfindung in der Familie, Gemeinschaft und Gesellschaft zu beteiligen, indem sie entsprechend der Entwicklung der Fähigkeiten des Kindes zu Selbstbestimmung und Unabhängigkeit deren Unabhängigkeit fördern und die eigene Unterstützung verringern.

V. Umsetzung des kinderfreundlichen Gesundheitsansatzes

Mitwirkung

42. Eine erfolgreiche (engl. «meaningful») Mitwirkung erfordert, dass Kinder und Familien umfassend über die von ihnen in Betracht gezogenen Themen informiert werden, um die Qualität ihrer Entscheidungsfindung zu verbessern. Dies erfordert, dass relevante Informationen in einer Weise präsentiert werden, die dem Entwicklungsstand und der Leistungsfähigkeit des Kindes entspricht. Die Mitwirkung sollte auf drei Ebenen stattfinden:

- i. Individuelle Entscheidungsfindung, unabhängig davon, ob es sich um eine Entscheidung betreffend die Lebensform oder die Beteiligung an medizinischen Entscheidungen handelt. Die Umsetzung erfordert zugängliche Informationen, medizinisches Personal, das in der Lage ist, mit Kindern zu kommunizieren, sowie Massnahmen für eine Mediation bei auftretenden Differenzen;
- ii. Kindern sollte die Möglichkeit geboten werden, Feedback hinsichtlich ihrer Erfahrungen mit den beanspruchten Diensten zu geben. Die Umsetzung dessen erfordert die Entwicklung eines Evaluationsinstruments zur patientenorientierten Erfassung von Erlebnissen und Erfahrungen.
- iii. Mit zunehmender Reife und wachsenden Fähigkeiten sollen Kinder in den (politischen) Planungsprozess für die von ihnen genutzten Dienste einbezogen werden. [...]

7.25 Ebenfalls *Soft Law* und damit nicht direkt rechtsverbindlich für die Schweiz ist die *Charta der European Association for Children in Hospitals (EACH)* aus dem Jahr 1993, die in der Schweizer Spitalpraxis verwendet wird.³⁸ Die EACH-Charta hält in zehn Artikeln die Rechte von Kindern während und nach einem Spitalaufenthalt fest und formuliert damit zentrale Anliegen von Art. 12 KRK im Spitalbereich. Im Vordergrund steht das Recht auf Information und Meinungsäusserung (Art. 4 EACH-Charta):

³⁸ Die EACH-Charta mit Erläuterungen, Kind+Spital, für die Rechte von Kindern und Jugendlichen im Gesundheitswesen, 2016; <<https://www.kindundspital.ch/downloads/each-charta>> (besucht am 27.9.2019).

Art. 4 EACH-Charta

Kinder haben wie ihre Eltern das Recht, ihrem Alter und ihrem Verständnis entsprechend informiert zu werden. Die Informationen sind individuell an das Kind zu richten. Sie sollen altersgerecht und den Vorkenntnissen des Kindes angepasst formuliert werden, sollen einfach und ehrlich sein und wenn immer möglich in der Sprache des Kindes und der Familie (wenn nötig mithilfe eines Dolmetschers) erteilt werden. Die Informationen erklären den Ablauf des Spitalaufenthaltes oder der Untersuchung bzw. der Behandlung und was alles auf das Kind zukommt, was es sehen, hören, riechen oder fühlen wird. Die Informationen sind bei Bedarf zu wiederholen und sollten wenn immer möglich in Anwesenheit der Eltern erteilt werden. Eltern müssen wissen, welche Informationen das Kind erhalten hat, damit sie sich darauf beziehen und sie wiederholen können, bis das Kind sie richtig verstanden hat.

7.26

4. Verfassungsrechtlicher Anspruch des Kindes auf Selbstbestimmung und Mitwirkung in Gesundheitsbelangen

Das Recht des Kindes auf Leben und auf persönliche Freiheit sowie das Recht auf Schutz der körperlichen und psychischen Integrität (Art. 10 und 11 BV) sind wie bereits ausgeführt (Rz. 4.121 ff.) zentrale Grundrechte des Kindes.³⁹ Das Recht auf Selbstbestimmung (Art. 10 Abs. 2 BV) hat im medizinischen Bereich eine besondere Bedeutung. Es besagt, dass jeder medizinische Eingriff, das heisst eine medikamentöse oder verhaltenstherapeutische Behandlung, eine Impfung oder eine chirurgische Operation, grundsätzlich nur mit dem Einverständnis des betroffenen Patienten erfolgen kann, der darüber hinaus vorgängig umfassend informiert werden muss (Informed Consent). Zugleich bestehen in Gesundheitsbelangen besondere Interessenkollisionen für das Kind und damit auch Konflikt- und Gefährdungspotenzial für das Selbstbestimmungsrecht des Kindes (s. Rz. 7.8 ff.).

7.27

Überdies kann die minderjährige Person in Gesundheitsbelangen einen Anspruch auf Privatsphäre geltend machen (Art. 13 BV) und sie hat ein Recht auf Meinungsfreiheit, das neben Art. 12 KRK das Recht auf Information, auf Meinungsbildung und auf freie Meinungsäusserung hinsichtlich der eigenen gesundheitlichen Belange umfasst (Art. 16 Abs. 2 und 3 BV).⁴⁰

7.28

³⁹ Schliesslich kommt in Gesundheitsbelangen des Kindes, wenn gegen seinen Willen gehandelt wird, mit dem Gefühl der Fremdbestimmung neben der Verletzung von Art. 10 Abs. 2 BV auch eine Verletzung des Gebots der Achtung und des Schutzes der Menschenwürde nach Art. 7 BV in Frage: BGE 127 I 6 E. 5g (allerdings betr. Zwangsmedikation eines Erwachsenen).

⁴⁰ MICHEL, 31 f., 62 ff.; MAJID, 29 ff.

C. Mitwirkungsrechte im Gesundheitsbereich

1. Materielle Mitwirkungsrechte des Kindes

a) Informed Consent des urteilsfähigen Kindes

- 7.29 Die medizinische Behandlung stellt einen Eingriff in die durch Art. 28 ZGB geschützten Persönlichkeitsrechte dar. Damit ein medizinischer Eingriff rechtmässig erfolgt, muss die Einwilligung des urteilsfähigen Kindes vorliegen (Art. 28 Abs. 2 ZGB).⁴¹ Es ist anerkannt, dass eine urteilsfähige minderjährige Person in Gesundheitsbelangen, die höchstpersönliche Rechte betreffen, nach Art. 19c ZGB selbst entscheidet und damit die Einwilligung informiert und frei sowie allein erteilt (vgl. Rz. 4.211 ff.).⁴²
- 7.30 Gemäss Bundesgericht muss die medizinische Aufklärung bei Kindern und Jugendlichen deshalb *besonders sorgfältig, einfach und klar* sein.⁴³ Das heisst, das Kind muss zunächst kindergerechte Informationen zu seiner Untersuchung, seiner Krankheit oder zum behandelnden Eingriff erhalten, wobei die Fachperson sich zu vergewissern hat, dass das Kind das Erklärte auch versteht. Dann ist dem Kind freundlich genügend Möglichkeit einzuräumen, um Fragen zu stellen, seine Meinung zu äussern und gegebenenfalls in den Eingriff einzuwilligen (mündlich, konkludent oder schriftlich).
- 7.31 An diese Form der Mitwirkung – der Aufklärung und des anschliessenden selbstbestimmten einwilligenden oder ablehnenden Entscheides zu einem medizinischen Eingriff – wird die Anforderung der Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB) gestellt, wobei das Grundprinzip der Relativität zu beachten ist und für jeden Rechtsakt des betrof-

⁴¹ Auch im «Therapieakt» selbst liegt ein Eingriff in die persönliche Freiheit der Patientin oder des Patienten, sodass die Einwilligung immer nötig ist: BGE 118 Ia 427 E. 4b, m.w.H.; BGE 117 Ib 197 E. 2; 124 IV 258; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 12.43 ff.

⁴² BGE 134 III 235 E. 4.1; OGer ZH, NX.080009, 26.3.2008; OGer LU, LGVE 2007 Nr. 2, 3.12.2007, E. 4.2; s. bereits BGE 114 Ia 350 E. 7a und 7b zur abstrakten Normenkontrolle des Gesetzes über das Arzt-Patientenverhältnis des Kantons Genf oder BGE 118 Ia 427a betr. das Schulzahnpflegesetz des Kantons Freiburg (dazu nachfolgend unter Rz. 7.101 ff.).

⁴³ BGE 114 Ia 350 E. 7a: «L'information du médecin doit être particulièrement prudente, simple et claire.» Damit die erteilte Einwilligung des Kindes nach Art. 27 Abs. 2 ZGB rechtlich wirksam ist, muss die medizinische Aufklärung kindgerecht und damit der individuellen Entwicklungsstufe des betreffenden Kindes entsprechend erfolgen; das Kind muss diese verstanden haben. Anderenfalls ist die Einwilligung des Kindes nach Art. 28 Abs. 2 ZGB ungültig.

fenen Kindes der individuelle Entwicklungsstand berücksichtigt werden muss (vgl. Rz. 4.206 f.): Es sind auch junge Kinder fähig, sich konkludent zu äussern. Der UN-Kinderrechtsausschuss ist in diesem Punkt unmissverständlich (s. Rz. 7.16).

Bei der *Beurteilung der Urteilsfähigkeit* eines minderjährigen Patienten spielt nach der Fachliteratur namentlich sein konkreter Kontext – besonders seine krankheitsbedingten Motive und Gefühle – eine Rolle.⁴⁴ Gemäss den jüngsten Richtlinien zur Urteilsfähigkeit in der medizinischen Praxis (2019) der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften ist bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit eines Kindes vor allem auch den Eigenheiten von Kindern und Jugendlichen, die bei ihren Aussagen tendenziell zur «Verharmlosung» neigen, sowie dem erwähnten Beziehungsgeflecht genügend Rechnung zu tragen.⁴⁵ Bestehen Zweifel an der Urteilsfähigkeit des Kindes, *muss die gesetzliche Vertretung beigezogen* werden.⁴⁶ Können die Eltern (oder die gesetzliche Vertretung) des Kindes nicht erreicht werden, empfiehlt es sich, die Urteilsfähigkeit medizinisch abzuklären oder die Behörden einzuschalten.⁴⁷ In der Praxis wird in einem solchen Fall eine Ärztin oder ein Arzt oft notfallmässig handeln dürfen (Art. 379 ZGB). 7.32

In jüngeren spezialgesetzlichen Bestimmungen im Gesundheitsbereich bestehen zudem besondere Regelungen zum Umgang mit Kindern, namentlich mit urteilsunfähigen Kindern: Das Humanforschungsgesetz (HFG) regelt z.B. die Forschung mit Kindern und den weitestmöglichen Einbezug von urteilsfähigen und urteilsunfähigen Minderjährigen in den Einwilligungsprozess betreffend die Teilnahme an Forschungsprojekten explizit in Art. 21 ff. Das revidierte Gesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (nGUMG)⁴⁸ regelt diesen Punkt noch etwas ausführlicher in Art. 5 Abs. 3. 7.33

In einigen kantonalen Gesundheits- oder Patientinnen- und Patientengesetzen sind der Informed Consent des urteilsfähigen Kindes sowie weitere Mitwirkungsrechte und Vertretungsrechte von minderjährigen Patientinnen und Patienten heute ausdrücklich festgeschrieben,⁴⁹ beispielsweise in den nachfolgend abgedruckten Bestimmungen des Patientinnen- und Patientengesetzes des Kantons Zürich⁵⁰. 7.34

⁴⁴ AEBI-MÜLLER ET AL., § 5 Rz. 170 f.; GUILLOD, Consentement éclairé, 214 f.; PFISTER PILLER, Rz. 2.25 ff.; SPRECHER, 252 ff.

⁴⁵ SAMW, Richtlinien 2019, Ziff. 3.3 (Kinder und Jugendliche).

⁴⁶ BGE 114 Ia 350 E. 7a und b.

⁴⁷ AEBI-MÜLLER ET AL., § 5 Rz. 170 f.

⁴⁸ Siehe unten Fn. 99.

⁴⁹ Bundesrat, Bericht Patientenpartizipationsrechten, 15 f.

⁵⁰ Vom 5. April 2004 (PatG/ZH; LS 813.13).

Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich

§ 2 (Vertretung von Minderjährigen)

¹ Die gesetzliche Vertretung im Sinne dieses Gesetzes wird ausgeübt

- a. bei minderjährigen Patientinnen und Patienten durch:
 - 1. die Inhaberinnen und Inhaber der elterlichen Sorge,
 - 2. die Vormundin oder den Vormund,
 - 3. die Beiständin oder den Beistand, die oder der zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen bestimmt ist,

[..]

² Ist bei medizinischen Massnahmen keine gesetzliche Vertretung gewährleistet, informieren die verantwortlichen Ärztinnen und Ärzte unverzüglich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB).

§ 2a (Bezugsperson bezeichnen können)

¹ Urteilsfähige Patientinnen und Patienten können Bezugspersonen bezeichnen.

² Haben die Patientinnen und Patienten keine Bezugspersonen bezeichnet, gelten als solche in erster Linie die Lebenspartnerin oder der Lebenspartner sowie in zweiter Linie nahe Angehörige, die mit den Patientinnen und Patienten persönlich eng verbunden sind.

³ Den Bezugspersonen stehen die in diesem Gesetz aufgeführten Informationsrechte zu.

[..]

§ 7 (Orientierung betreffend Aufnahme)

¹ Die Patientinnen und Patienten, soweit nötig auch die gesetzliche Vertretung und die Bezugspersonen, werden in verständlicher Weise

- a. über ihre Rechte und Pflichten informiert,
- b. in die Organisation und den Tagesablauf der Institution eingeführt,
- c. über die von ihnen persönlich zu übernehmenden voraussichtlichen Kosten der Behandlung in Kenntnis gesetzt.

[..]

§ 13 (Aufklärung)

¹ Die behandelnden Personen klären im Rahmen ihrer Verantwortlichkeit Patientinnen und Patienten rechtzeitig, angemessen und in verständlicher Form über die Vor- und Nachteile sowie die Risiken der medizinischen Behandlung und möglicher Alternativen auf. Sie beantworten Fragen zum Gesundheitszustand und dessen voraussichtlicher Entwicklung.

² Soweit die urteilsfähigen Patientinnen und Patienten zustimmen, erfolgt diese Aufklärung auch gegenüber der gesetzlichen Vertretung bei

- a. minderjährigen Patientinnen und Patienten,
- b. Patientinnen und Patienten, die mit Bezug auf Fragen der medizinischen Behandlung unter Beistandschaft stehen.

§ 20 (Einwilligung zur Behandlung)

¹ Urteilsfähige Patientinnen und Patienten dürfen nur mit deren Einwilligung behandelt werden.

[...]

Immer mehr kantonale Gesetze weisen heute eine Informed-Consent-Regel für urteilsfähige minderjährige Patientinnen und Patienten auf; siehe etwa Art. 48 Gesundheitsgesetz des Kantons Freiburg vom 16. November 1999 (GesG/FR)⁵¹ und besonders differenziert aus dem Jahre 2016 Art. 14 Verordnung über die Rechtsstellung der Patientinnen und Patienten des Kantons St. Gallen (PatV/SG)⁵², der vorsieht, dass urteilsfähige Minderjährige grundsätzlich selbst über ihre medizinische Behandlung entscheiden, dass bei kostspieligen und/oder komplizierten Eingriffen aber jeweils auch die Zustimmung der gesetzlichen Vertretung nötig ist. 7.36

b) Mitwirkungsrechte von urteilsunfähigen Kindern

Der völker- und verfassungsrechtlich geschützte Anspruch des Kindes auf Mitwirkung nach Art. 12 KRK umfasst nicht (nur) den selbstbestimmten Informed Consent des urteilsfähigen Kindes zu einem Heileingriff, sondern das Mitwirkungsrecht ist zeitlich und inhaltlich weiter gefasst und betrifft die Teilhabe jedes Kindes – auch eines urteilsunfähigen – an einem langen Entscheidungsprozess und an verschiedenen Verfahrensrechten: 7.37

Das urteilsunfähige Kind, das im Einzelfall keinen Informed Consent zu seiner medizinischen Behandlung erteilen kann, hat also auch Anspruch auf Mitwirkung. Diesen Gedanken nimmt das Mitspracherecht des einwilligungsunfähigen Kindes nach Art. 6 Abs. 2 Biomedizinkonvention⁵³ und sinngemäss Art. 377 Abs. 3 ZGB auf. Was Art. 377 Abs. 3 ZGB für die Behandlungen urteilsunfähiger Patientinnen und Patienten im Erwachsenenschutzrecht explizit regelt, gilt auch sinngemäss für 7.38

⁵¹ SGF 821.0.1. Der Wortlaut von Art. 48 Abs. 1 lautet wie folgt: «Keine Pflege kann ohne die freie und aufgeklärte Einwilligung der urteilsfähigen Patientin oder des urteilsfähigen Patienten erteilt werden, ob sie oder er volljährig ist oder nicht.»

⁵² Vom 13. Dezember 2016 (sGS 321.12). Der Wortlaut von Art. 14 (urteilsfähige handlungsunfähige Patientinnen und Patienten) lautet wie folgt: «Behandlung und Betreuung von urteilsfähigen handlungsunfähigen Patientinnen oder Patienten, die mit erheblichen Risiken oder erheblichen Kosten verbunden ist, bedürfen der Einwilligung der Patientin oder des Patienten sowie der Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertretung.»

⁵³ Wobei einwilligungsunfähig und urteilsunfähig nicht unbedingt deckungsgleiche Termini sind: Botschaft Biomedizinkonvention, 295.

die Behandlung von urteilsunfähigen Kindern: Sie sollen wie Subjekte behandelt werden.⁵⁴ Die Sorgeberechtigten müssen zudem nach Art. 301 Abs. 2 ZGB die Meinung des kranken (urteilsunfähigen) Kindes berücksichtigen.⁵⁵

7.39 In jüngeren spezialgesetzlichen Bestimmungen zum Gesundheitsbereich entstehen zudem besondere Regelungen zum Umgang mit Kindern, namentlich mit urteilsunfähigen Kindern: Das Humanforschungsgesetz regelt z.B. die Forschung mit Kindern und den weitestmöglichen Einbezug von urteilsfähigen und urteilsunfähigen Minderjährigen in den Einwilligungsprozess betreffend die Teilnahme an Forschungsprojekten explizit in Art. 21 ff.

c) Information, Mitsprache und Begleitung

7.40 Über das Recht des urteilsfähigen Kindes auf Erteilung des Informed Consent hinaus gehen etwa folgende Mitwirkungsrechte:

7.41 Jedes Kind hat einen *eigenständigen Anspruch auf kindergerechte Information*.⁵⁶ Der Anspruch des Kindes auf Information betreffend seine Gesundheitsbelange steht neben dem Informationsanspruch der Eltern. Zudem unterscheidet sich sein Informationsanspruch wesentlich von demjenigen seiner Eltern, denn er muss kindergerecht befriedigt werden können. Dieser Informationsanspruch beginnt bereits vor einer ambulanten Behandlung oder einem Spitaleintritt und dauert nach einer Behandlung oder einem Spitalaustritt an.

7.42 Zum *Mitspracherecht* des Kindes zählt, dass es sich – unabhängig vom Informed Consent – zu seiner Behandlung äussern und Fragen stellen darf und mitentscheiden kann, von wem es behandelt wird und wo das geschieht.⁵⁷

7.43 Zudem umfassen das Mitwirkungsrecht des Kindes nach Art. 12 KRK und sein Persönlichkeitsschutz auch die *Begleitung und die Unterstützung in Verfahren oder in Entscheidungsprozessen* in einem Spital oder in einer anderen Einrichtung. Dieses Recht ist mit Art. 432 ZGB, dem Recht auf eine Vertrauensperson im Rahmen einer

⁵⁴ Auch wenn die allgemeinen Vertretungsrechte nach Art. 378 ZGB nicht zur Anwendung kommen, weil in der Regel die gesetzliche Vertretung (Eltern) entscheidet: AEBI-MÜLLER ET AL., § 5 Rz. 158 ff.; AEBI-MÜLLER, Rz. 6.76; wie hier: BIDERBOST, FU 365; SCHNELLER/BERNARDON, 120.

⁵⁵ BSK ZGB I-EICHENBERGER/KOHLER, Art. 377 N 11.

⁵⁶ COTTIER, Partizipation von Kindern, 20 f.; MICHEL, 188 ff.; AEBI-MÜLLER ET AL., § 5 Rz. 170 ff.

⁵⁷ Vgl. EACH-Charta, Art. 4.

fürsorgerischen Unterbringung oder bei Zurückbehaltung in einer Einrichtung gegen den Willen einer Person, explizit umgesetzt.⁵⁸

Kantonale Gesetze wie § 2a PatG/ZH⁵⁹ (s.a. Rz. 7.35) formulieren den Anspruch auf Begleitung durch Angehörige oder eine andere Drittperson zwar explizit, nicht aber speziell für minderjährige Patientinnen und Patienten. Mit den Art. 41, 41a und 42 GesG/FR bestehen im Kanton Freiburg neben einer allgemeinen Bestimmung zur Begleitung zwei besondere: Nach Art. 41a Abs. 2 GesG/FR besteht die Rolle der Beratungs- und Begleitperson bei Personen mit psychischen Erkrankungen darin, wenn möglich einen Kompromiss zwischen den Wünschen der Patientin oder des Patienten und den Anforderungen der Institution zu finden. Sie kann jedoch keinerlei Vertretung wahrnehmen. 7.44

Zudem regeln sowohl das PatG/ZH als auch die PatV/SG weitere Mitwirkungsrechte wie *Ein- und Austrittsrechte aus einer Institution* sowie *Einsichtsrechte in Patientendossiers* ausdrücklich. 7.45

2. Vertretungsrechte der Eltern und ihre Grenzen

a) Stellvertretender Informed Consent

Urteilsunfähige Kinder benötigen zwingend eine rechtliche Vertretung für den Informed Consent: In der Regel sind die sorgeberechtigten Eltern nach Art. 304 Abs. 1 ZGB für die Vertretung betreffend medizinische Heileingriffe zuständig.⁶⁰ Als gesetzliche Vertretung kommt auch eine Vormunds- oder Beistandsperson nach Art. 368 Abs. 1 und Abs. 3 ZGB in Frage (vgl. Rz. 6.65 ff.).⁶¹ 7.46

Alle gesetzlichen Vertreterinnen und Vertreter sind bei ihren Vertretungshandlungen dem Kindeswohl verpflichtet (Art. 301 Abs. 1 ZGB; Art. 11 BV; Art. 3 KRK) und müssen die Kindesmeinung zur medizinischen Behandlung entsprechend der individuellen Reife und Entwicklung des Kindes berücksichtigen (sinngemäss Art. 377 Abs. 3 ZGB; Art. 12 KRK). Kann sich das urteilsfähige Kind nicht äussern resp. ausdrücken, verfügt es aber über eine Patientenverfügung, so ist auch sein ge- 7.47

⁵⁸ KUKO ZGB-ROSCHE, Art. 432 N 2; BSK ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 432 N 9.

⁵⁹ Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich vom 5. April 2004 (LS 812.13).

⁶⁰ BGE 134 II 235 E. 4; steht die elterliche Sorge beiden Elternteilen zu, müssen medizinische Behandlungen grundsätzlich gemeinsam entschieden werden: BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 301 N 3a ff.

⁶¹ AEBI-MÜLLER ET AL., § 5 Rz. 195 ff.; MICHEL, 152 ff.; Botschaft Biomedizinkonvention, 295.

schriebener Wille (Patientenverfügung)⁶² für die gesetzliche Vertretung massgebend. Ebenso können früher getätigte Aussagen und Behandlungen des Kindes Hinweise für dessen Willen sein (vgl. sinngemäss Art. 377 ZGB und Art. 9 Biomedizinkonvention). Die Vertretungsbefugnis der gesetzlichen Vertreter endet generell dort, wo die Eingriffe dem Wohl des Kindes «eindeutig widersprechen». Dies bedeutet im Ergebnis, dass Eltern aufgrund des elterlichen Sorge- und Erziehungsrechts in der Schweiz über einen Handlungsspielraum hinsichtlich des stellvertretenden Informed Consent verfügen.⁶³

b) Grenzen der Stellvertretung

7.48 Zudem sind einige medizinische Eingriffe an Kindern spezialgesetzlich vom Vertretungsrecht ausgenommen. Das heisst, dass weder die Sorgeberechtigten noch das urteilsunfähige Kind über diese Inhalte entscheiden können. Ausdrücklich geregelt ist ein *Stellvertretungsverbot* bei folgenden Eingriffen:

- Die Genitalverstümmelung von urteilsunfähigen Mädchen (wie auch von einwilligenden urteilsfähigen minderjährigen oder volljährigen Mädchen) ist seit dem Juli 2012 explizit verboten (Art. 124 StGB).⁶⁴
- Die Sterilisation urteilsunfähiger Minderjähriger ist verboten (Art. 3 Sterilisationsgesetz⁶⁵).
- Die Organ-, Gewebe- und Zellenentnahme bei Minderjährigen oder Urteilsunfähigen ist grundsätzlich verboten. Vorbehalten ist die Entnahme von regenerierbarem Gewebe bzw. regenerierbaren Zellen u.a. bei minimaler Belastung und keinerlei Anzeichen von Widerstand des Kindes (Art. 13 Transplantationsgesetz⁶⁶).
- Ein urteilsunfähiges Kind kann nicht von der Person vertreten werden, die einen DNA-Test ausserhalb eines behördlichen Verfahrens durchführen möchte (Art. 34 Abs. 1 GUMG).

⁶² KUKO ZGB-GASSMANN, Art. 370 N 6.

⁶³ BGer, 6P.106/2006, 8.8.2006; BGE 114 Ia 350 E. 7a–b; AEBI-MÜLLER ET AL., § 5 Rz. 195 f.; PFISTER PILLER, Rz. 2.11 ff.; THOMMEN, 5 ff., 23.

⁶⁴ BGer, 6B_77/2019, 22.2.2019.

⁶⁵ Bundesgesetz über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen vom 17. Dezember 2004 (SR 211.111.1), in Kraft seit dem 1. Juli 2005; strenge Ausnahme für über 16YYJährige nach Art. 3 i.V.m. Art. 7 Sterilisationsgesetz; vgl. OGer ZH, NX080009, 26.3.2008.

⁶⁶ Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 8. Oktober 2004 (SR 810.21), in Kraft seit dem 1. Juli 2007. Eine Erklärung zur Organspende kann ab dem 16. Lebensjahr gegeben werden (Art. 8 Abs. 7 Transplantationsgesetz).

Bei den nachfolgenden medizinischen Behandlungen ist ein *Vertretungsverbot der Sorgeberechtigten bis dato* zwar noch nicht gesetzlich festgeschrieben, aber von der Lehre aufgrund der absoluten Höchstpersönlichkeit *gefordert*: 7.49

- Über geschlechtszuweisende Operationen sollten intersexuelle und transgener Kinder nur selbst entscheiden dürfen.⁶⁷
- Über medizinisch nicht indizierte Eingriffe an Minderjährigen, z.B. Schönheitsoperationen⁶⁸ oder Piercings⁶⁹, sollen die Eltern nicht stellvertretend entscheiden dürfen.
- Über das Vertretungsverbot der Eltern bei Beschneidungen von urteilsunfähigen Knaben aus religiösen Gründen – das heisst, der Eingriff ist medizinisch nicht indiziert – wird ebenfalls zunehmend diskutiert.⁷⁰
- Schliesslich sollte auch eine Stellvertretung durch Sorgeberechtigte bei Schwangerschaftsabbrüchen debattiert werden.⁷¹

c) Kindeswohl, Meldepflichten und Melderechte
sowie Kindesschutzmassnahmen

Alle gesetzlichen Vertreterinnen und Vertreter sind bei ihren Vertretungshandlungen dem Kindeswohl verpflichtet (Art. 301 Abs. 1 ZGB; Art. 11 BV; Art. 3 KRK) und müssen die Kindesmeinung zur medizinischen Behandlung entsprechend der individuellen Reife und Entwicklung des Kindes berücksichtigen (sinngemäss Art. 377 Abs. 3 ZGB; zu Art. 12 KRK vgl. Rz. 7.38). Kann sich das urteilsfähige Kind nicht äussern resp. ausdrücken, verfügt es aber über eine Patientenverfügung, 7.50

⁶⁷ Der Grosse Rat des Kantons Genf will nicht lebensnotwendige Eingriffe an Kindern, deren Geschlecht nicht eindeutig zugewiesen werden kann, künftig als Genitalverstümmelung qualifizieren und damit kantonal verbieten (Motion 2491, eingereicht am 12. Juli 2018); WERLEN, Rz. 461 ff.; BÜCHLER/COTTIER, 128.

⁶⁸ Wobei die Grenzen zwischen indizierter Behandlung aufgrund eines psychischen Leidens und Enhancement fließend sind: HOTZ, Schönheitsoperationen, 369 ff.; MAJID, 42 ff.; RUMO-JUNGO ALEXANDRA/BELSER EVA-MARIA, Einmal volle Lippen, bitte!, in: Marcel Alexander Niggli/José Hurtado Pozo/Nicolas Queloz (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, 555 ff., 569.

⁶⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 11.14 f.

⁷⁰ VIONNET, Rz. 160 ff., 167 ff.; WAPLER, 539 ff.; vgl. die Regelung im dt. Recht: § 1631d Bürgerliches Gesetzbuch (seit 28. Dezember 2012 in Kraft).

⁷¹ BÜCHLER/HOTZ, 565 ff.; das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung ist Teil des verfassungsrechtlichen Schutzes der individuellen Selbstbestimmung nach Art. 10 Abs. 2 BV und gilt auch für Minderjährige.

so ist auch sein geschriebener Wille (Patientenverfügung)⁷² für die gesetzliche Vertretung massgebend. Ebenso können früher getätigte Aussagen und Behandlungen des Kindes Hinweise für dessen Willen sein (vgl. sinngemäss Art. 9 Biomedizinkonvention und Art. 377 ZGB).

- 7.51 Fällen die Eltern (oder die gesetzliche Vertretung) des Kindes *keinen stellvertretenden Informed Consent* oder fällen sie generell einen Entscheid, der das Kindeswohl in gesundheitlichen Belangen ausser Acht lässt, so hat die KESB die *geeigneten Kindesschutzmassnahmen* nach Art. 307 ff. ZGB zu treffen. Das gesundheitsrechtliche Kindesschutzverfahren ist ein möglicher und wichtiger Anwendungsbereich für Kinder in Verfahren im Gesundheitsbereich (vgl. Rz. 7.85 ff.). Die auf den Einzelfall bezogene, am Kindeswohl orientierte Abwägung muss vom Gericht oder der Behörde getätigt werden, wobei nicht nur das zentrale physische Wohlbefinden des Kindes ausschlaggebend sein kann, sondern auch dessen psychisches Wohlbefinden berücksichtigt werden muss. Zu Letzterem kann etwa auch die Integration des Kindes in seiner Familie gehören.⁷³
- 7.52 *Meldepflichten und Melderechte sowie Mitwirkungspflichten* haben im Gesundheitsbereich des Kindes eine wichtige Schutzfunktion (Art. 314c–d ZGB):⁷⁴ Hilfsbedürftige Kinder sollen rasch und wirksam geschützt werden. Jede Person, die begründet annimmt, dass die Gesundheit eines Kindes gefährdet ist, kann bei der KESB schriftlich oder mündlich eine Meldung tätigen. Neu können auch Personen, die dem Berufsgeheimnis nach Strafgesetzbuch unterliegen, wie etwa die medizinische Fachperson, der Kinderpsychologe oder die Rechtsanwältin, eine Meldung im Kindesschutz tätigen, ohne sich zuvor von ihrem Berufsgeheimnis befreien lassen zu müssen (Art. 314c Abs. 2 erster Satz ZGB). Diese spezifischen Fachpersonen haben aber keine *Meldepflicht*. Die Pflicht, die Behörden einzubeziehen, haben aber diejenigen Fachpersonen, die regelmässig in Kontakt mit dem Kind stehen, na-

⁷² KUKO ZGB-GASSMANN, Art. 370 N 6.

⁷³ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 301 N 4 ff.; CHK-BIDERBOST, Art. 307 ZGB N 8 ff.

⁷⁴ In Kraft seit dem 1. Januar 2019. Siehe KOKES, Melderechte und Meldepflichten an die KESB nach Art. 314c, 314d sowie 453 ZGB, Merkblatt vom 25. Januar 2019, <https://www.kokes.ch/application/files/7815/4843/1295/Merkblatt_Melderechte-Meldepflichten_definitiv_Version_25.1.2019.pdf> (besucht am 8.8.2019). Daneben weitere bundesrechtliche Melderechte wie Art. 11 Abs. 3 OHG; Art. 314 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 453 ZGB bzw. Art. 317 ZGB; Art. 3c BetmG; s. dazu MARANTA LUCA, Im «Irrgarten» zwischen Meldepflichten, Melderechten und Berufsgeheimnissen – die Revision der Meldevorschriften im Kindesschutz, ZKE 2018, 231 ff.

mentlich Kindergärtner, Lehrerinnen, Sozialarbeitende in der Schule oder Beratende von einschlägigen Fachstellen, sofern konkrete Hinweise auf eine Kindeswohlgefährdung bestehen (Art. 314d Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB). Die Behörde kann dabei von sich aus einschreiten oder sie kann auch von einer medizinischen Fachperson oder einer Lehrperson benachrichtigt werden.

3. Bedeutung des Informed Consent für das Verfahren

Der Informed Consent kann zusammenfassend als ein *zwingend notwendiges Mitwirkungsrecht des urteilsfähigen Kindes im Gesundheitsbereich* verstanden werden (Art. 19c, Art. 305 ZGB). Dieses Recht umfasst die vorgängige Aufklärung über die Behandlung und deren Risiken sowie über mögliche Behandlungsalternativen sowie eine Auseinandersetzung bis zur Entscheidung über die medizinische Behandlung. Das urteilsfähige Kind ist Adressat der medizinischen Aufklärung und Information. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um eine Behandlung einer somatischen oder psychischen Erkrankung handelt und ob diese intra muros erfolgt, also in einer stationären kinder- und jugendpsychiatrischen Einrichtung (Art. 314b i.V.m. Art. 426 ff. ZGB) oder einer somatischen Klinik, oder ob es sich um eine ambulante Behandlung handelt. 7.53

Der Informed Consent ist im Vergleich zu anderen Mitwirkungsrechten des urteilsfähigen Kindes im Gesundheitsbereich relativ *gut dokumentiert und theoretisch anerkannt*. Das Bundesgericht verlangt für den Beweis der Aufklärung und Einwilligung eine inhaltlich konkret nachvollziehbare Dokumentation.⁷⁵ – Das kann nicht weiter erstaunen, denn für die aufklärenden Personen ist es von grosser rechtlicher Tragweite, tragen sie im Streitfall doch die *Beweislast* für den Informed Consent des urteilsfähigen Kindes. 7.54

Das Recht des urteilsfähigen Kindes auf einen Informed Consent führt ferner dazu, dass es in einem Verfahren die zur Umsetzung der höchstpersönlichen Rechte (betr. Aufklärung und Einwilligung) nötigen Verfahrensrechte selbstständig ausübt. 7.55

Das heisst aber nicht, dass sich das Kind in einem Verfahren nicht von seinen Eltern rechtlich vertreten lässt. Es ändert auch nichts daran, dass im Idealfall das urteilsfähige Kind und die gesetzliche Vertretung gemeinsam in eine medizinische Entscheidung einbezogen werden und gemeinsam über ein Verfahren entschei- 7.56

⁷⁵ Meist wird daher ein Aufklärungsformular verwendet oder ein Eintrag im Patientendossier gemacht. Der entsprechende Eintrag im Operationsprotokoll reicht nicht aus.

den.⁷⁶ In vielen Verfahren betreffend die Gesundheitsbelange und die Krankheits-situationen des Kindes werden aber nach wie vor die Eltern (oder die gesetzliche Vertretung) des Kindes für dieses entscheiden.⁷⁷ In akuten Situationen bleibt wo-möglich auch gar keine Zeit, um den Willen des Kindes und/oder denjenigen seiner Eltern zu eruieren oder denjenigen der Beistandsperson oder der Behörden in Er-fahrung zu bringen.

- 7.57 Gerade mit Blick auf jüngere bundesrechtliche Spezialbestimmungen und kanto-nale Bestimmungen zum Gesundheitsbereich wird heute zunehmend anerkannt, dass die materiellen Mitwirkungs- respektive Partizipationsrechte des Kindes in Gesundheitsbelangen über das Recht des Informed Consent hinausgehen und dass auch ein urteilsunfähiges Kind aufgrund seines Persönlichkeitsrechts (Art. 12 KRK und sinngemäss Art. 377 Abs. 3 ZGB) Anspruch auf Mitwirkung an einem Ent-scheidungsprozess und einem Verfahren (z.B. bei KESB, Schulbehörden, Gerich-ten) betreffend seine Gesundheitsbelange hat. Alles andere würde letztlich bedeu-ten, das Kind zum *Objekt eines Verfahrens* zu machen.⁷⁸

D. Anwendungsbereiche

1. Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche des direktgeschädigten Kindes

- a) Direktgeschädigtes Kind ist im Zivil- oder im Verwaltungsverfahren aktivlegitimiert

- 7.58 Ist das Kind von einem Unfall, einer Straftat oder einer fehlerhaften medizinischen Behandlung betroffen und in seiner Gesundheit beeinträchtigt, kann es zu *Scha-denersatz- und Genugtuungsforderungen* kommen. Es gibt in diesem Zusammen-hang eine ständige Praxis zu Forderungsprozessen,⁷⁹ in denen das direkt geschä-

⁷⁶ Es kann aber auch im kantonalen Recht eine konkretisierende Bestimmung existieren: Z.B. besagt Art. 14 PatV/SG, dass urteilsfähige Minderjährige zwar grundsätzlich selbst über ihre medizinische Behandlung entscheiden können, bei kostspieligen und/oder komplizierten Eingriffen hingegen die Zustimmung der gesetzlichen Vertretung nötig sei.

⁷⁷ So auch jüngere Studienergebnisse: z.B. HOTZ, *Kinder fördern*, 46 f.; s. im Resultat Rz. 3.77.

⁷⁸ COTTIER, *Partizipation von Kindern*, 20 f.; MICHEL, 173 ff., 188 ff.; AEBI-MÜLLER ET AL., § 5 Rz. 90 ff., 216.

⁷⁹ Siehe bereits BGE 33 II 124; 81 II 159; BGer, 4C_206/2014 und 4C_236/2014, 18.9.2014: Forderung wegen Verletzung der Pistensicherungspflicht, Klägerin war zum Zeitpunkt

digte Kind, unabhängig von seinem Alter und seiner Urteilsfähigkeit, die anspruchsberechtigte Person ist und somit als die klagende Partei in den Entscheiden aufgeführt ist.

Beispiel

Isabelle Ackermann, 2½ Jahre alt, kauert auf dem Boden und macht Schneehäufchen, während ihre Mutter mit Frau B. redet. Der Hund von Frau B. beisst das Kind plötzlich in die Wange, ohne dass er irgendwie gereizt oder sonst dazu veranlasst wurde. Das Mädchen erleidet eine schwere Wunde, die zwölfmal geheftet werden muss. In der Folge entwickelt sich eine verhärtete Narbe, die sich rosafarben und unschön über die Haut erhebt und sich entsprechend dem Wachstum des Kindes verlängert. Knapp ein Jahr nach dem Unfall klagt Isabelle Ackermann auf Schadensersatz und Genugtuung. Die Klagen des Kindes werden gutgeheissen. Trotz operativen kosmetischen Eingriffen wird im Gesicht des Kindes eine Narbe verbleiben. Das Bundesgericht berücksichtigt neben den Kosten der kosmetischen Behandlung auch die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens durch Beeinträchtigung der Berufswahl als Schadensposten und bestätigt die vorinstanzlich zugesprochene Genugtuung von CHF 2000.– für die erhebliche seelische Belastung, welche die dauerhafte Entstellung des Gesichts durch die Narbe zur Folge haben wird.

BGE 81 II 512

7.59

Ein behandlungs- oder unfallgeschädigtes Kind, das in seiner Gesundheit beeinträchtigt ist, ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sowohl im Zivilverfahren als auch im öffentlich-rechtlichen Verfahren betreffend Staatshaftung als anspruchsberechtigte Person klagelegitimiert.⁸⁰ Das Kind bleibt aber regelmässig prozessunfähig, da die Handlungsfähigkeit des minderjährigen Kindes nach Art. 13 ZGB fehlt (s. Rz. 4.192 ff.).

7.60

Da Schadensersatz- und Genugtuungsforderungen infolge einer Verletzung der persönlichen Integrität eines in seiner Gesundheit beeinträchtigten Kindes traditionell nicht als höchstpersönliche Rechte gelten,⁸¹ wird Art. 19c ZGB nicht zur An-

7.61

des Unfalls 11-jährig, zum Zeitpunkt der Klageerhebung 20-jährig; BGer, 4C_458/2008, 21.1.2009; 16-jähriges Kind klagt; BK-BREHM, Art. 46 OR N 14 ff.

⁸⁰ BK-BREHM, Art. 46 OR N 14 ff.; s.a. BGE 81 II 159 betr. Schadensersatz- und Genugtuungsklage der knapp 3-jährigen Irene Wenger, deren Vater für sie Klage gegen die SBB erhob (Sachverhalt C). Irene konnte über eine nicht korrekt gesicherte Eisenbahnüberführung gehen, wurde von einem Geleisetraктор erfasst und erlitt bleibende körperliche Beeinträchtigungen. S.a. BGE 115 Ib 175 betr. Herzoperation an einem 3-jährigen Kind.

⁸¹ BGE 142 III 153 E. 5.2.3; 134 II 235 E. 4.3.2; 120 Ia 269 E. 1; BGer, 5A_232/2016, 6.6.2016, E. 4 in fine; BGer, 5A_94/2007, 31.5.2007, E. 1.3; BSK ZGBI-FANKHAUSER, Art. 19c N 4.

wendung gelangen. Das aktivlegitimierte Kind wird teils von seinen Eltern⁸² und teils von privat mandatierten Anwältinnen oder Anwälten in kontradiktorischen Verfahren vertreten. Dabei kann es auch vorkommen, dass das Kind unentgeltliche Rechtsvertretung erhält.⁸³

- 7.62 Als materielle Rechtsgrundlagen im Zivilrecht stehen Art. 41 ff. OR für Unfälle und Behandlungsfehler im Vordergrund, während es sich bei einer privatrechtlichen Behandlung bei der Hausärztin oder in der Klinik auch um eine Vertragshaftung handeln kann.⁸⁴
- 7.63 Da die Behandlung eines Kindes in einem kantonalen oder anderen Spital mit öffentlicher Funktion (z.B. Universitätsspital) sich in erster Linie nach dem kantonalen öffentlichen Recht bestimmt, kann es sich auch um ein öffentlich-rechtliches Verfahren betreffend Staatshaftung handeln.⁸⁵ Haftungsgrundlage bilden dann die jeweiligen kantonalen Grundlagen der Staatshaftung. Im Kanton Zürich richtet sich die Haftung nach §§ 6 ff. Haftungsgesetz/ZH, wobei Art. 41 ff. OR ergänzend anwendbar ist (§ 29 Haftungsgesetz/ZH).⁸⁶ Diese öffentlich-rechtlichen Haftungsansprüche werden wegen ihrer Nähe zum Zivilrecht in der Regel von den Zivilgerichten behandelt und entschieden (§§ 19 ff. Haftungsgesetz/ZH). Vor Bundesgericht werden die Entscheide über die Verantwortlichkeiten bei rechtswidrigen Handlungen von in öffentlichen Spitälern angestellten medizinischen Fachpersonen, die in Anwendung von kantonalem öffentlichem Recht ergangen sind, mit einer Beschwerde in Zivilsachen geltend gemacht (Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG).⁸⁷

⁸² BGE 81 II 159; manchmal ergibt sich dies auch nicht aus dem Sachverhalt: BGE 117 II 50; 114 II 184.

⁸³ BGE 115 Ib 175 (s. Sachverhalt B).

⁸⁴ Es wird sich dann mangels Handlungsfähigkeit des Minderjährigen regelmässig um einen Vertrag zugunsten des Kindes handeln, welchen die Eltern in eigenem Namen und auf eigene Rechnung schliessen (MICHEL, 173 f.) und entsprechend führen werden. In einem solchen Fall wird das Kind nicht direktgeschädigt sein.

⁸⁵ Die Behandlung im öffentlichen Spital gilt nicht als gewerbliche Verrichtung i.S.v. Art. 61 Abs. 2 OR, sondern als eine Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Spitalträger ist der Staat, und Schäden, die entstehen, sind auf die Ausübung staatlicher Hoheit und nicht auf die Verletzung eines privatrechtlichen Vertrags zurückzuführen: BGE 139 III 252 E. 1.3; 134 III 426 E. 2.1; 122 III 101 E. 2a; 111 II 149 E. 4.

⁸⁶ BGE 115 Ib 175 E. 2; 113 Ib 423; 111 II 149 ff.

⁸⁷ Auch BGE 139 III 252.

Kinder können zudem Opfer von Straftaten in einem Strafverfahren sein und als Privatklägerschaft Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen nach dem Opferhilfegesetz⁸⁸ geltend machen (Rz. 5.41 ff.). 7.64

b) Interessenkollision als Regelfall

Aus der Kinderrechtsperspektive stellt sich in solchen Verfahren vor allem die Frage nach einer grundsätzlichen materiellen Interessenkollision zwischen dem direkt geschädigten Kind und seinen Eltern.⁸⁹ Üblicherweise sind die Sorgeberechtigten nämlich Reflexgeschädigte und müssen ihre «eigenen» Schadenersatzansprüche, namentlich ihre Betreuungs- und Berufsausfallsschäden, im Forderungsprozess des geschädigten Kindes als dessen Ansprüche geltend machen. Denn die Sorgeberechtigten selbst sind nicht in der absolut geschützten körperlichen Integrität verletzt, sondern nur in ihren Vermögensrechten.⁹⁰ Nur teilweise wird den Eltern ein eigener Genugtuungsanspruch (Art. 49 OR) oder gar ein Schadenersatzanspruch zukommen. Dies ist dann der Fall, wenn sie aufgrund ihres gesundheitlich beeinträchtigten Kindes selbst psychisch erheblich beeinträchtigt worden sind.⁹¹ 7.65

Die Interessenkollision zwischen dem dauerhaft gesundheitlich beeinträchtigten Kind und den Eltern in Bezug auf Schadenersatz- und Genugtuungsklagen zeigt sich zugespitzt bei sog. *Wrongful-life-Klagen* der Sorgeberechtigten: Während die Mutter eine Genugtuungsklage infolge der unerwünschten Behinderung des Kindes geltend machen kann, ist das Kind selbst nicht zur Genugtuungsklage zuge- 7.66

⁸⁸ Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 23. März 2007 (OHG; SR. 312.5); Art. 1: «Jede Person, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, psychischen oder sexuellen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist, hat Anspruch auf Unterstützung nach diesem Gesetz (Opferhilfe).»

⁸⁹ Das Bundesgericht verneinte eine Interessenkollision, weil jeder Anspruch einzeln begründet und damit auch einzeln behandelt werden müsse (BGer, 4C.413/2006, 27.3.2007, E. 4).

⁹⁰ Eltern, die ihr Kind vermehrt betreuen müssen, weil es behandlungs- oder unfallgeschädigt ist, sind sog. Reflex- oder Drittgeschädigte und können gegenüber dem Schädiger im Grundsatz keinen Schaden geltend machen: BK-BREHM, Art. 46 OR N 14g und N 17 f. sowie Art. 41 OR N 22 f.; BGer, 4C.413/2006, 27.3.2007, E. 4; BGE 104 II 95.

⁹¹ BGE 138 III 276, betr. Schockschaden wegen Verlust des Sohnes; BGE 112 II 118 E. 5b, betr. Genugtuungsanspruch aufgrund Art. 49 OR. Umgekehrt steht auch dem Kind ein (zukünftiger) selbstständiger Genugtuungsanspruch zu, wenn der Vater schwer verunfallt und invalid wird (zum Zeitpunkt der explodierten Gasheizung war der Sohn 1-jährig; BGE 117 II 50).

lassen. Die Interessenkollision wird sich spätestens dann zeigen, wenn das Kind alt genug ist, um den (vergangenen) Inhalt der Klage der Sorgeberechtigten zu verstehen.⁹²

c) Bedeutung von Art. 12 KRK für das Verfahren

7.67 In einem solchen Schadenersatz- und Genugtuungsklageverfahren ist das Kind zwar regelmässig aktivlegitimiert, aber es hat keine explizite formell-gesetzlich umschriebene Parteistellung. Die Eltern werden – die *Anerkennung der Interessenkollision vorbehalten* – regelmässig zur direkten Vertretung des urteilsfähigen oder urteilsunfähigen Kindes befugt sein (Art. 304 Abs. 1 ZGB; Art. 67 Abs. 2 ZPO) und können im Namen des Kindes Klage erheben.⁹³ Ein solches Verfahren fällt auch weder explizit unter den Anwendungsbereich von familienrechtlichen Verfahren (Art. 295 ff. ZPO) noch unter Kindesschutzverfahren (Art. 314a ZGB). Da weder die kantonalen Haftungs Gesetze bzw. öffentlich-rechtlichen Haftpflichtbestimmungen noch die massgebenden kantonalen Gesundheits- oder Patientinnen- und Patientengesetze spezialgesetzliche Verfahrensregeln für in ihrer Gesundheit beeinträchtigte Kinder vorsehen⁹⁴ und generell spezialgesetzliche Bestimmungen zur Rechtspflege rar sind⁹⁵ und die mangels besonderer Bestimmungen anwendbaren kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetze auch keine allgemeinen Bestimmungen zur Mitwirkung von Kindern in Verfahren beinhalten,⁹⁶ bleibt aus der Kinderperspektive im Wesentlichen die Berufung auf die Mitwirkungsrechte nach Art. 12 KRK (oder das sinngemässe Heranziehen der Art. 295 ff. ZPO).

⁹² OGer BE, ZK 10 569, 2.5.2011, kommentiert von CHRISTOPH MÜLLER in seinem Beitrag *Wrongful-life-Klage* – erster Entscheid eines Obergerichts, recht 2013, 46 ff.; es gibt auch Länderrechte, die *Wrongful-life-Klagen* von Kindern explizit verbieten: Hotz, *Pränatale Tests*, 2 ff.

⁹³ Die Geltendmachung von Ansprüchen des Kindes in eigenem Namen durch die Eltern ist auch in Fällen nach Art. 318 ZGB nicht nötig (Zogg, 404 ff., 407; KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 67 N 27; zur sog. Prozesstandschaft s. BGE 136 III 365 E. 2.2; 142 III 78 E. 3.2).

⁹⁴ Weder das PatG/ZH noch das GesG/FR oder die PatV/SG sehen eine Bestimmung zu Kinderrechten oder zum Verfahren vor.

⁹⁵ § 5 PatG/ZH sieht unter dem Titel Rechtspflege einzig vor, dass öffentlich-rechtliche Institutionen eine Verfügung erlassen sollen, und bestimmt die Beschwerdeinstanzen.

⁹⁶ Entweder sind die Bestimmungen der Verwaltungsrechtspflege kraft ausdrücklicher Vorschrift oder durch sinngemässe Auslegung *auf allfällige Verwaltungsakte* im Gesundheitswesen anzuwenden.

Aus Art. 12 KRK lassen sich u.a. folgende Mitwirkungsrechte ableiten: Das direktgeschädigte Kind ist in Gesundheitsbelangen deshalb schon in jungem Alter über ein solches Verfahren zu informieren und über die Bedeutung und über mögliche Ausgänge des Verfahrens aufzuklären und anzuhören. Ab einem gewissen Reifegrad sollte es auch dazu angehört werden, was es von der Genugtuungsklage der Eltern «in seinem Fall» denkt. Sodann ist das Kind bei grundsätzlichen Interessenkollisionen im Hinblick auf das materielle und formelle Recht zu vertreten. Schliesslich ist auch die Anordnung einer Mediation zu prüfen, damit das Kind besser mitwirken kann. Ein rein kontradiktorisches Verfahren eignet sich bei gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Kindes schlecht, denn dieses Verfahren bedeutet für das Kind und die Eltern oftmals auch grosses Leid, dessen Intensität je nach gesundheitlicher Beeinträchtigung unterschiedlich ist.

7.68

2. Genetische Untersuchungen bei Kindern

a) Bundesgesetzliche Schranken betreffend genetische Untersuchungen

Das Kind kann auch von verschiedenen Verfahren betroffen sein, die genetische Untersuchungen betreffen. Da es sich bei genetischen Untersuchungen zweifellos um einen besonders sensiblen Gesundheitsbereich handelt, ist dieser seit dem Jahr 2007 durch das Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) explizit geregelt (Art. 1 ff., Art. 31 ff.). Die Technik hat seither aufgeholt: Mit einem in fünf Minuten zu Hause durchgeführten Speicheltest, der vom Anbieter analysiert wird, kann ein Kind heute unbekannte biologische Elternteile finden. Umgekehrt kommt es zu Vaterschaftstests ohne Einwilligung der Mutter und/oder des Kindes⁹⁷ oder Eltern können mit pränatalen Gentests bereits vor der Geburt erfahren, ob der Fötus Träger eines Gendefekts ist.⁹⁸

7.69

⁹⁷ BGE 144 III 1 E. 4.3; 134 III E. 4.2; HERZIG, familienrechtliches Verfahren, Rz. 850 ff., 853; s.a. TEICHMANN DANIEL/CAMPRUBI MADELEINE, Rechtliche Konsequenzen von Vaterschaftstests ohne Zustimmung der Mutter nach GUMG und StGB, AJP 2019, 528 ff.

⁹⁸ HOTZ, Pränatale Tests, 2 ff. Das revidierte GUMG sieht in Art. 17 Abs. 2 etwa explizit vor, dass im Rahmen der pränatalen genetischen Testergebnisse vor der 12. Schwangerschaftswoche keine Auskunft über das Geschlecht des Kindes gegeben werden darf, es sei denn, es besteht ein Zusammenhang zwischen dem Geschlecht und der vermuteten Krankheit. Weitere Vorschriften bestehen nicht, denn das Schweizer Recht anerkennt die Rechtspersönlichkeit grundsätzlich erst mit der Geburt (Art. 31 ZGB).

- 7.70 Das Gesetz wurde deshalb umfassend revidiert und vom Parlament am 15. Juni 2018 verabschiedet (zit. nGUMG). Die Inkraftsetzung des revidierten Gesetzes wird für das Jahr 2021 erwartet.⁹⁹ Geregelt sind prädiktive und diagnostische genetische Untersuchungen für den medizinischen Bereich sowie zur Klärung der Abstammung und zur Identifizierung. Genetische Untersuchungen im Gesundheitsbereich dürfen nur auf Veranlassung einer medizinischen Fachperson für Risikoabklärungen, Untersuchungen zur Familienplanung sowie weitere medizinische Zwecke (Art. 19 ff. nGUMG) und unter Wahrung des Selbstbestimmungsrechts der Betroffenen (Art. 5 ff. nGUMG/Art. 5 ff., Art. 10 Abs. 1 GUMG) vorgenommen werden. Bei der Erstellung von DNA-Profilen darf dagegen nicht nach dem genetischen Gesundheitszustand der betroffenen Person geforscht werden, sondern einzig nach dem Geschlecht, wenn dies für die Klärung der Abstammung oder zur Identifizierung erforderlich ist (Art. Art. 31 GUMG/Art. 47 f. nGUMG). Wer vorsätzlich ohne die erforderliche Zustimmung der betroffenen Person eine genetische Untersuchung veranlasst, in Auftrag gibt oder durchführt, wird strafrechtlich sanktioniert (Art. 36 GUMG/Art. 56 Abs. 1 nGUMG).
- 7.71 Mit der Entnahme einer Probe wird regelmässig in die physische Integrität des betroffenen Kindes eingegriffen. Da es sich um einen *Eingriff in ein höchstpersönliches Recht* handelt, ist das urteilsfähige Kind Adressat der Aufklärung zu einer genetischen Untersuchung. Ferner bedarf es nach Art. 5 GUMG/nGUMG und Art. 18 GUMG/Art. 16 nGUMG der Zustimmung des betroffenen Kindes, Ausnahmen vorbehalten. Das urteilsfähige Kind bestimmt also im Rahmen der Höchstpersönlichkeit (Art. 19c ZGB) grundsätzlich allein, ob es an einem entsprechenden Verfahren betreffend genetische Untersuchungen teilnimmt (Rz. 4.48).
- 7.72 Ist das Kind urteilsunfähig, können die Sorgeberechtigten die Einwilligung zu einer genetischen Untersuchung erteilen, wenn die genetische Untersuchung für die Gesundheit des Kindes unbedingt notwendig ist (Art. 5 Abs. 2 GUMG i.V.m. Art. 10 GUMG/Art. 5 Abs. 2 nGUMG, Art. 16 nGUMG); ausserhalb dieses Zwecks entfällt die Vertretungsmacht nach Art. 306 Abs. 3 ZGB. Liegt eine schwere Erbkrankheit in der Familie vor oder lässt sich eine entsprechende Anlageträgerschaft nicht anders abklären und ist der Eingriff wenig invasiv für das Kind, kann ein stellvertretender

⁹⁹ BBl 2018 3509 ff.; das Ordnungsrecht ist derzeit noch in Überarbeitung (Verordnung über genetische Untersuchungen beim Menschen und die Verordnung über die Erstellung von DNA-Profilen im Zivil- und Verwaltungsbereich); s. <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/genetische-untersuchungen/aktuelle-rechtsetzungsprojekte1.html> (besucht am 8.9.2019).

Entscheidung in diesem Fall ausnahmsweise zulässig sein (Art. 10 Abs. 2 GUMG/ Art. 16 Abs. 2 nGUMG).¹⁰⁰

b) Informationsanspruch des Kindes

Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist ein auf sämtlichen 7.73
Stufen der Schweizer Normenhierarchie festgeschriebenes, unverjährbares und unverzichtbares Grundrecht und höchstpersönliches Recht des Kindes.¹⁰¹

Der Anspruch auf Erforschung der eigenen Herkunft gehört nach Bundesrecht- 7.74
sprechung zum Schutz der Identität, der von Art. 28 ZGB gewährleistet wird.¹⁰²
Dieser *umfassende Informationsanspruch* des Kindes richtet sich sowohl *gegen den Staat*, z.B. im Falle von Adoptionen oder fortpflanzungsmedizinischen Verfahren, als auch *gegen Private*.¹⁰³

Eine andere Frage ist diejenige, inwieweit der Staat von sich aus bemüht sein soll, 7.75
diesen Informationsanspruch des Kindes auf Kenntnis der genetischen Abstammung durchzusetzen. In der Praxis stellen sich derzeit Fragen zur Durchsetzung des Informationsanspruchs des Kindes gegenüber den zunehmenden anonymen Samenspendern; dies ist streng zu unterscheiden von einer Klage auf Feststellung der rechtlichen Vaterschaft mit Auswirkungen auf das Eltern-Kind-Verhältnis (Art. 261 Abs. 1 ZGB, s. Rz. 7.79).

¹⁰⁰ Das nGUMG stellt klar, dass es bei der gesetzlichen Aufklärungspflicht nicht einzig um den Informed Consent, sondern um die Information zum *gesamten Entscheidungsprozess* geht, namentlich um die Beratung im Vorfeld, aber auch um die Aufbewahrung der Proben, die Datensicherheit und das Recht auf Nichtwissen.

¹⁰¹ Art. 7 KRK; Art. 8 EMRK; Art. 119 Abs. 2 lit. g BV; Art. 27 FMedG (betr. Fortpflanzungsmedizin); Art. 268c ZGB (betr. Adoption), Art. 28 ZGB; BGE 144 III 1 E. 4.3, 134 III 241 E. 5.3.1; 128 I 63; HERZIG, familienrechtliches Verfahren, Rz. 815 ff.; BÜCHLER ANDREA/ RYSER NADINE, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, Fam-Pra.ch 2009, 1 ff., 8 ff., 21 f.; BESSON SAMANTHA, Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, ZSR 2005, 39 ff., 46 ff. Dieses Recht umfasst m.E. auch das Recht auf Kenntnis der Eizellenspenderin oder des Samenspenders sowie das Recht auf Angaben derjenigen Person, die eine Schwangerschaft gegen Entgelt austrägt; s. VerwGer SG, B 2013/158, 19.8.2014.

¹⁰² BGE 134 III 241 E. 5.3.1.

¹⁰³ Es liegt eine «Klage sui generis» vor: HERZIG, familienrechtliches Verfahren, Rz. 819.

c) Selbstständiges Klagerecht des Kindes mit Auswirkungen auf das Eltern-Kind-Verhältnis (Abstammungsverfahren)

- 7.76 Von diesem umfassenden, klageweise durchsetzbaren Informationsanspruch des Kindes zu unterscheiden ist das Recht des Kindes auf Anfechtung der Vaterschaft oder der Vaterschaftsanerkennung im Abstammungsverfahren, welche neben der Feststellung einer genetischen Verwandtschaft rechtliche Auswirkungen auf das Vater-Kind-Verhältnis haben. Nachfolgend seien deshalb die Klagen des Kindes im Abstammungsverfahrens erläutert (s.a. Rz. 6.33 ff.).¹⁰⁴
- 7.77 Dem Kind steht ein *eigenständiges Klagerecht zur Anfechtung der Vaterschaft* nach Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB zu, sofern der gemeinsame Haushalt der Eltern während seiner Minderjährigkeit aufgelöst wurde. – Ein Nachweis der faktischen Trennung auf Dauer reicht dabei aus.¹⁰⁵ Die Anfechtungsklage des Kindes richtet sich gegen die Mutter und deren Ehemann. Diese kann bis zum Erreichen der Volljährigkeit des Kindes jederzeit eingereicht werden, danach gilt eine absolute Verwirkungsfrist von 1 Jahr (Art. 256c Abs. 2 ZGB).¹⁰⁶ Die Anfechtungsklage des Kindes ist jedoch ausdrücklich ausgeschlossen, wenn es durch eine Samenspende gezeugt wurde (Art. 23 Abs. 1 FMedG¹⁰⁷).
- 7.78 Die Schweizerische Zivilprozessordnung regelt zudem den besonderen Fall, in welchem eine Unterhaltsklage mit einer Vaterschaftsklage verbunden ist, und bestimmt die vorsorglichen Massnahmen von Bundesrechts wegen (Art. 303 Abs. 2 ZPO): die Hinterlegung der Unterhaltszahlungen für Mutter und Kind. Da das Kind auch zur Unterhaltsklage berechtigt ist (Art. 285 ZGB), steht ausser Frage, dass dem Kind auch in diesem Fall ein eigenständiges Klagerecht zukommt.
- 7.79 Ferner kann das urteilsfähige Kind auch die *vom Vater getätigte Anerkennung eigenständig anfechten* (Art. 260a ZGB).¹⁰⁸ – Voraussetzung ist allerdings, dass dem Kind

¹⁰⁴ BGE 134 III 241 E. 5.3.2: Verfahrensrechtlich wird für die Durchsetzung des Anspruchs auf Kenntnis der eigenen Abstammung mittels Feststellungsklage die Mitwirkungspflicht für Statusklagen analog angenommen, ohne dass die Rechtswirkungen der Statusklagen eintreten.

¹⁰⁵ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 256 N 3 ff.

¹⁰⁶ Das Klagerecht geht mit dem Tod des Kindes unter: GLOOR/UMBRICHT, Rz. 11.31.

¹⁰⁷ Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung vom 18. Dezember 1998 (Fortpflanzungsmedizinengesetz; SR 810.11).

¹⁰⁸ Dieses Klagerecht geht nach dem Tod des Kindes auf die Nachkommen über (Art. 260a Abs. 1 ZGB), und auch der Vertretungsbeistand des Kindes nach Art. 394 ZGB kann die Vaterschaftsanerkennung anfechten, sofern dies im Kindesinteresse ist (BGE 121 III 1 E. 2c).

die Anerkennung auch tatsächlich mitgeteilt wurde (Art. 11 Abs. 7 ZStV¹⁰⁹).¹¹⁰ Daneben besteht, wie schon erwähnt (Rz. 7.79), die Möglichkeit einer Klage auf *Feststellung der Vaterschaft* (Art. 261 Abs. 1 ZGB).¹¹¹

Schliesslich kann das Kind in den sehr seltenen Fällen, in denen das Mutter-Kind-Verhältnis nicht feststeht (z.B. im Falle eines Findelkindes oder bei einer Kindsverwechslung), gestützt auf seinen Anspruch auf Kenntnis der eigenen Identität die *Feststellung der Mutterschaft* mit den entsprechenden Statusfolgen *unverjährbar einklagen*.¹¹² 7.80

Das urteilsfähige Kind ist in diesen Abstammungsverfahren in der Regel *selbstständige Partei*, da alle Klagen betreffend seine Abstammung höchstpersönlicher Natur sind.¹¹³ Diese Klagen sind auch für das urteilsfähige Kind eine persönliche und rechtliche Herausforderung, sodass – falls keine Vertretungsbeistandschaft angeordnet ist – analog Art. 314b ZGB das Kind *in solchen Verfahren durch eine unabhängige Kindsvertretung* unterstützt werden sollte, denn es geht um die Durchsetzung eines Kinderrechtsanspruchs. 7.81

Während das urteilsfähige Kind diese Klagen (nach Rz. 7.73, 7.76) selbstständig einreichen kann, muss das *urteilsunfähige* Kind *durch eine Drittperson vertreten* werden, denn es handelt sich dabei lediglich um ein relativ höchstpersönliches Recht. Das heisst, eine Vertretung ist möglich. Da *regelmässig Interessenkollisionen* zwischen dem Kind und dem rechtlichen Elternteil (vorab der Mutter) bestehen, finden in praxi die Bestimmungen über die Vertretungsbeistandschaft nach Art. 306 Abs. 2 ZGB Anwendung.¹¹⁴ 7.82

Die KESB kann dem Kind ausnahmsweise (im Falle einer Kindeswohlgefährdung) für die Feststellung der Vaterschaft einen Beistand nach Art. 308 Abs. 2 ZGB zur Seite stellen. Ein solcher Beistand wird unter Umständen auch gegen den Willen der Mutter eingesetzt,¹¹⁵ was aber sehr sorgfältig abgewogen werden muss. Je nach kantonalen 7.83

¹⁰⁹ Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (SR 211.112.1).

¹¹⁰ Die Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung kann auch nach dem Tod des Kindes von den Nachkommen erhoben werden; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 260 N 1, 7; GLOOR/UMBRICHT, Rz. 11.41.

¹¹¹ BGE 142 III 545 E. 3.2 f.

¹¹² Art. 42 Abs. 1 ZStV; GLOOR/UMBRICHT, Rz. 11.16.

¹¹³ HERZIG, familienrechtliches Verfahren, Rz. 864.

¹¹⁴ BGer, 5C.98/2001, 9.7.2010, E. 2; BGE 122 II 289 E. 1c.

¹¹⁵ BGE 142 III 545 E. 3.2 nahm eine Kindeswohlgefährdung an, weil sich die Mutter weigerte, den Namen des Präsumptivvaters bekannt zu geben, und setzte einen Beistand ein. KUKO ZGB-COTTIER, Art. 308 N 4b, 4e.

Behördenpraxis ist es ausreichend, wenn der Name des genetischen Vaters bei einem Notariat oder in einem schriftlichen Vorsorgeauftrag für das Kind hinterlegt wird.

d) Mitwirkungspflicht des Kindes im Abstammungsverfahren
(Art. 296 Abs. 2 ZPO)

- 7.84 Die Mitwirkungspflicht des Kindes in einem Abstammungsverfahren ist von Bundesrechts wegen explizit vorgesehen. Betroffene Eltern oder Dritte können ebenfalls Klage erheben und ein höchstpersönliches Interesse an einer DNA-Analyse geltend machen. Das Kind ist dann zur Mitwirkung bei der Sachverhaltsfeststellung verpflichtet und kann zu einem Wangenschleimhautabstrich oder zu einer Blutentnahme verpflichtet werden. Es kann sich zur Abwehr nicht auf das eigene Persönlichkeitsrecht berufen (Art. 296 Abs. 2 ZPO).¹¹⁶ Die genetische Untersuchung betreffend das Kind wird damit zu einer real erzwingbaren Massnahme, sofern die sorgfältige Interessenabwägung diese als *ultima ratio* zulässt. Das Gericht ist in Abstammungsverfahren aufgrund des Offizialgrundsatzes und der Untersuchungsmaxime nach Art. 296 ZPO dazu angehalten, nach der Wahrheit zu forschen und ein mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmendes Urteil anzustreben.¹¹⁷

3. Zwangsbehandlungen und fürsorgerische Unterbringung

a) Behandlungen ohne Zustimmung des Kindes

- 7.85 Eine Zwangsbehandlung ist nach dem Wortlaut des Erwachsenenschutzrechts jede Form von medizinischer Behandlung ohne Zustimmung der Patientin oder des Patienten.¹¹⁸ Dies kann eine Behandlung sein, zu der die Urteilsfähigkeit fehlt, aber auch eine, die gegen den Willen der betroffenen Person erfolgt, oder eine, die unter dem Druck bevorstehenden Zwangs erfolgt (z.B. Drohung einer Verlegung ins Isolierzimmer,¹¹⁹ einer Anordnung einer Unterbringung oder einer Zwangsapplikation bei Verweigerung). Zwang liegt auch dann vor, wenn nach einer bereits erfolgten zwangsweisen Verabreichung eines Medikaments dieses in der Folge «ohne Druck» eingenommen wird.¹²⁰

¹¹⁶ BGE 144 III 1 E. 4.3; 134 III E. 4.2; HERZIG, familienrechtliches Verfahren, 850 ff., 853.; zu den rechtlichen Konsequenzen eines Vaterschaftstests ohne Einwilligung der Mutter nach GUMG und StGB s. TEICHMANN/CAMPRUBI (Fn. 7.101).

¹¹⁷ BGer, 5F_6/2017, 23.5.2016, E. 2.3; 5A_745/2014, 16.3.2015, E. 2.3.

¹¹⁸ HÄFELI, Rz. 28.04.

¹¹⁹ BGE 143 III 337 E. 2.7; OGer ZH, PA 190002, 5.3.2019, E. 2.6.

¹²⁰ BGer, 5A_353/2012, 19.6.2012, E. 3.4.1.

Die minderjährige Patientin kann bei einer Behandlung ohne Zustimmung sowohl urteilsfähig als auch urteilsunfähig bezüglich des Heileingriffs sein. Eine Behandlung ohne Zustimmung kann sowohl bei somatischen als auch psychischen Krankheiten auftreten und sie kann sowohl stationär als auch ambulant in Frage kommen. Rechtlich gesehen ist aber je nach Form der Behandlung ohne Zustimmung zu differenzieren:

- Ist das Kind in Bezug auf den Heileingriff *urteilsfähig*, entscheidet es selbst (Art. 19c ZGB). Fehlt die Zustimmung des urteilsfähigen Kindes, ist jede Form von Behandlung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB rechtswidrig und somit nach Art. 122 ff. StGB auch strafbar und ein ungerechtfertigter Eingriff in die persönliche Freiheit nach Art. 10 BV. 7.87
- Ist das Kind in Bezug auf den Heileingriff *urteilsunfähig* und handelt es sich um eine *somatische Erkrankung*, die behandelt werden muss, so entscheiden die Eltern in ihrer Funktion als gesetzliche Vertretung (Art. 304 f. ZGB). Dabei muss die gesetzliche Vertretung nach Art. 301 Abs. 2 ZGB (für Kinder) sicherstellen, dass die Bedürfnisse des urteilsunfähigen minderjährigen Patienten beachtet werden.¹²¹ – Je nach anwendbarer kantonaler Regelung kann ein kurzfristiger Zwang zur Behandlung zulässig sein.¹²² 7.88
- Ist das Kind in Bezug auf den Heileingriff *urteilsunfähig* und handelt es sich um eine *psychische Erkrankung*, die behandelt werden muss, entscheiden im Grundsatz ebenfalls die Eltern in ihrer Funktion als gesetzliche Vertretung (Art. 304 f. ZGB) oder ein Vormund (Art. 327c Abs. 1 ZGB),¹²³ unabhängig davon, ob das Kind *ambulant* oder *stationär* behandelt wird. 7.89

¹²¹ Vgl. Art. 377 Abs. 3 ZGB sinngemäss; s. AEBI-MÜLLER ET AL., § 5 Rz. 158 ff.; AEBI-MÜLLER, Rz. 6.76: Ist die gesetzliche Vertretung nicht gewährleistet, informieren die verantwortlichen Ärztinnen und Ärzte unverzüglich die zuständige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (§ 1 Abs. 2 PatG/ZH).

¹²² Vgl. Art. 37 KRK; im Kanton Zürich ist beispielsweise nach §§ 24 ff. PatG/ZH kurzfristiger Zwang möglich. Zudem kann die KESB im Kanton Zürich auf Antrag der Einrichtung und gestützt auf eine fachärztliche Beurteilung im Rahmen der Nachbetreuung einer fürsorgerischen Unterbringung ambulante Massnahmen anordnen, namentlich Weisungen bezüglich Aufenthalt, Verhalten und Medikamenteneinnahme oder Meldepflichten bei Behörden (§ 37 Abs. 2 Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht des Kantons Zürich vom 15. Juni 2012 [LS 232.3]); BERNHART, Rz. 237 ff.

¹²³ Aufgrund des Verweises und der Systematik ist davon auszugehen, dass Art. 380 ZGB bei minderjährigen Patientinnen und Patienten *nicht anwendbar* ist: HÄFELI, Rz. 38.44; KUKO ZGB-COTTIER, Art. 314b N 6; GASSMANN/BRIDLER, Rz. 9.44; so ausdrücklich SCHNELLER/BERNARDON, 120 f.

- 7.90 Sollten die Sorgeberechtigten eine indizierte Behandlung zugunsten des urteilsunfähigen Kindes verweigern oder umgekehrt eine nicht indizierte oder unverhältnismässige Behandlung anstreben, besteht also zwischen den Sorgeberechtigten und der medizinischen Fachperson keine Einigkeit, so ist *generell die KESB einzubeziehen*, die eine Beistandschaft ernennt (nach Art. 306 oder Art. 308 Abs. 2 ZGB) oder selbst entscheidet (Art. 392 ZGB). Es kommt damit zu einem Kindesschutzverfahren.
- 7.91 Das bedeutet, dass bei einer stationären psychiatrischen Behandlung eines urteilsunfähigen Kindes (dazu sogleich Rz. 7.95 ff.) im Unterschied zum Erwachsenenschutz *nicht* die Chefärztin oder der Chefarzt in der Klinik entscheidet (Art. 434 ZGB, Behandlung ohne Zustimmung),¹²⁴ wobei die ärztliche Notfallbehandlung vorbehalten ist (Art. 435 ZGB).
- b) Fürsorgerische Unterbringung des Kindes in einer psychiatrischen Klinik (Kindesschutzverfahren)
- 7.92 Wird das Kind in eine psychiatrische Klinik verbracht, so liegt eine *fürsorgerische Unterbringung* vor, die gegebenenfalls unfreiwillig erfolgt und grundsätzlich von der medizinischen Zwangsbehandlung innerhalb der Einrichtung unterschieden wird. Bei einer fürsorgerischen Unterbringung eines Kindes im Gesundheitsbereich geht es um die längerfristige Verbringung eines Kindes in eine psychiatrische Klinik¹²⁵ aufgrund der evidenzbasierten Erfahrung, dass dem Kind dort am besten geholfen werden kann.
- 7.93 Die fürsorgerische Unterbringung eines Kindes ist eine stationäre Massnahme von grosser Tragweite und muss entsprechend gesetzeskonform und kontrolliert stattfinden. Nach Art. 314b Abs. 1 ZGB sind deshalb die Bestimmungen für die fürsorgerische Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik (Art. 426 ff. ZGB) «sinngemäss anwendbar», beispielsweise wenn sich das Kind tobend *weigert*, sich stationär behandeln zu lassen.
- 7.94 In den meisten Fällen treten Kinder «freiwillig und mit Zustimmung der Eltern» in eine psychiatrische Einrichtung ein.¹²⁶ Ob ein Kind dann auch ohne seine Zustim-

¹²⁴ KUKO ZGB-COTTIER, Art. 314b N 6; SCHNELLER/BERNARDON, 130 ff.; BIDERBOST, FU, 365, der ausserdem auf allfällige Aufsichtsmaßnahmen gegenüber einem Vormund oder einem bereits eingesetzten Beistand hinweist; s.a. Rz. 6.60 f.

¹²⁵ Das Kind kann auch in einer Abteilung eines Spitals, das kindergerecht psychische Störungen behandelt, stationär untergebracht werden. Entscheidend ist der Behandlungszweck und die Eignung der Institution für diesen: BIDERBOST, FU, 355.

¹²⁶ SCHNELLER/BERNARDON, 116 ff.

mung behandelt wird, entscheiden wie bereits erwähnt im Grundsatz die Sorgeberechtigten gemeinsam mit den medizinischen Fachpersonen oder die Behörden.¹²⁷

Inwieweit für eine Zwangsbehandlung des Kindes bei einer psychischen Erkrankung innerhalb einer psychiatrischen Klinik die Bestimmungen des Erwachsenenschutzrechts zur Anwendung gelangen, ist in der Lehre umstritten, speziell bezüglich Art. 434 ZGB (Behandlung ohne Zustimmung).¹²⁸ Einigkeit besteht insoweit, dass bei einer fürsorgerischen Unterbringung des Kindes als einer behördlichen Massnahme (KESB bzw. Gericht) in einer psychiatrischen Klinik den Eltern des Kindes zugleich das Aufenthaltsbestimmungsrecht und das Recht auf die unmittelbare Pflege und Erziehung entzogen werden muss (Art. 310 Abs. 1 ZGB).¹²⁹ Die materiellen Voraussetzungen der fürsorgerischen Unterbringung richten sich nach der in Frage stehenden *Gefährdung des Kindeswohls*¹³⁰ und danach, wie sich das Kind verhält (Selbstgefährdung durch Suchtmittelkonsum, Suizidalität), und wie bzw. ob einem Kind in der fraglichen Klinik (überhaupt) geholfen werden kann. Zudem muss die fürsorgerische Unterbringung in Bezug auf die psychische Beeinträchtigung stets verhältnismässig sein: Es muss also in concreto feststehen, dass dem Kind nicht anders geholfen werden kann als mit einer Unterbringung. Unbestritten ist im Übrigen, dass die Verfahrensbestimmungen zur fürsorgerischen Unterbringung nach Art. 426 ff. ZGB analog zur Anwendung kommen sollen.

7.95

¹²⁷ Vgl. Good-Practice-Beispiel: Merkblatt von LENA E. SCHNELLER/ ANGELO BERNARDON mit dem Titel «Intergenerationelle Zusammenarbeit: Mitsprache von Minderjährigen bei medizinischen Heilbehandlungen» aus dem Jahr 2016, das praktische Hinweise für die Ausgestaltung der Mitsprache gibt (abrufbar unter: https://organizers-congress.org/custom/media/SGP16/PDF/p_2167_1471258625.pdf [besucht am 27. 8. 2019]).

¹²⁸ Botschaft Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, 7102; HÄFELI, Rz. 38.44; KUKO ZGB-COTTIER, Art. 314b N 6; GASSMANN/BRIDLER, Rz. 9.44; s.a. in diesem Handbuch Rz. 6.60 f.; anders etwa HERZIG, familienrechtliches Verfahren, Rz. 895 f.; BIDERBOST, FU, 365.

¹²⁹ BGer, 5A_188/2013, 17. 5. 2013, E. 3; 5C.27/2002, 21. 2. 2002, E. 2; GASSMANN/BRIDLER, Rz. 9.44 ff.; KUKO ZGB-COTTIER, Art. 310 N 1 ff., 4 und Art. 314b N 1, 4; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 44 N 61; BK-AFFOLTER/VOGEL, Art. 310/314b ZGB N 29; HÄFELI, Rz. 38.33; KUKO ZGB-Rosch, Art. 426 N 5.

¹³⁰ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 44 N 61; BK-AFFOLTER/VOGEL, Art. 310/314b ZGB N 29; HÄFELI, Rz. 38.33; KUKO ZGB-Rosch, Art. 426 N 5; GUILLOD, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 426 ZGB N 31; BGer, 5A_188/2013, 17. 5. 2013, E. 3; Botschaft Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, 7012.

7.96 Der gesetzliche Verweis nach Art. 314b ZGB umfasst sodann die Zulässigkeit der ärztlichen Unterbringung von Kindern nach Art. 429 ZGB für maximal sechs Wochen.¹³¹ Eine ärztliche fürsorgerische Unterbringung erfolgt ohne behördliches Verfahren (vor KESB) und ohne den formellen Entzug der Aufenthaltsbestimmung. Nachfolgend ein Beispiel dafür, wie die ärztliche Unterbringung eines Kindes im Kanton Zürich gesetzlich weiter umgesetzt ist:¹³²

7.97 **Ärztliche Unterbringung eines Kindes nach dem Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht des Kantons Zürich (EG KESR/ZH)**

Im Kanton Zürich können Ärztinnen und Ärzte jeder Fachrichtung eine Unterbringung oder Entlassung eines Kindes veranlassen (§ 27 EG KESR/ZH). Bedingung ist, dass die Einweisung nicht in eine Klinik mit Leitung erfolgt, zu welcher die betreffenden Ärztinnen und Ärzte in einem Unterstellungsverhältnis steht (§ 27 Abs. 2).¹³³ Zudem müssen sich die Ärztinnen und Ärzte, die fürsorgerische Unterbringungen vornehmen, in diesem Bereich regelmässig weiterbilden (§ 30 EG KESR/ZH). Handelt es sich um einen freiwilligen Eintritt, so muss die einweisende Fachperson einen Facharztstitel in Psychiatrie oder Kinder- und Jugendpsychiatrie aufweisen (§ 31 lit. b i.V.m. § 27 EG KESR/ZH).

Die Ärztin oder der Arzt untersucht das betroffene Kind persönlich und hört es an. Sofern möglich, werden die Eltern informiert. Dann wird das Formular zum Unterbringungsentscheid ausgefüllt. Das Kind respektive die Eltern und die Klinik erhalten je ein Exemplar dieses Formulars.

Der Aufenthalt darf maximal sechs Wochen dauern (§ 29 Abs. 1 EG KESR/ZH; Art. 429 ZGB).¹³⁴ Erscheint der Klinikleitung eine längere Unterbringung nötig, muss der KESB ein entsprechender Antrag gestellt werden, über den sie sofort zu entscheiden hat (§ 29 Abs. 2 EG KESR/ZH). Nach sechs Wochen braucht es zwingend eine Überprüfung durch die KESB (Art. 429 Abs. 2 ZGB).

Jede Einrichtung muss die Aufnahme von minderjährigen Patientinnen und Patienten unverzüglich der KESB melden (§ 35 Abs. 2 EG KESR/ZH). Damit soll gewährleistet werden,

¹³¹ HÄFELI, Rz. 38.38; GASSMANN/BRIDLER, Rz. 9.46; zu anderen Meinungen s. BIRCHLER URSULA, Fürsorgerische Unterbringung Minderjähriger, ZKE 2013, 141 ff., 145 f., 147.

¹³² Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht des Kantons Zürich vom 15. Juni 2012 (EG KESR/ZH; LS 232.3).

¹³³ Diese Regelung ist zwar theoretisch richtig. Nur stellt sich die Frage, ob es in der Praxis genügend Kliniken gibt, die auf Kinder spezialisiert sind, oder ob gerade aufgrund dieser Regelung Kinder in Kliniken für Erwachsene untergebracht werden müssen,

¹³⁴ Viel kürzer etwa im Kanton Solothurn: max. 72 Stunden (§ 123 Abs. 1 Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches des Kantons Solothurn vom 4. April 1954 [Stand: 1. Januar 2018; BGS 211.1]). Allerdings ist im Kanton Solothurn die ärztliche Unterbringung die Regel, sodass eine behördliche Kontrolle rechtsstaatlich noch dringender ist; vgl. Übersicht betreffend die kantonalen Regelungen bei GASSMANN/BRIDLER, Rz. 9, S. 208 f.

dass kein ärztlich untergebrachtes Kind von den Behörden unbemerkt bleibt. In der Klinik selbst findet eine interne Kontrolle der Vorschriften statt, aber in der Regel erfolgt diese nicht durch eine juristische Fachperson.¹³⁵

Zudem ist das eingewiesene Kind über seine Rechte zu informieren, namentlich das Recht, eine Vertrauensperson beiziehen zu können (§ 35 Abs. 1 EG KESR/ZH; Art. 432, 439 ZGB).

Da die medizinischen Fachpersonen allein befähigt sind, den Gesundheitszustand der Kinder zu beurteilen, und es sich meist um Notfallsituationen handeln wird und die Behörden die umfassenden Akten, Berichte und Diagnosen nicht kennen,¹³⁶ erscheinen ausnahmsweise ausgestellte, fachgerechte ärztliche Unterbringungen praktikabel. 7.98

Den bereits erwähnten Meldepflichten und -rechte sowie Mitwirkungspflichten kommt in diesem hochsensiblen Gesundheitsbereich eine äusserst wichtige Kontroll- und Schutzfunktion (Art. 314c–314e ZGB¹³⁷). 7.99

Gegen die Behandlung einer psychischen Störung ohne Zustimmung kann sinngemäss nach Art. 426 ff. ZGB und Art. 439 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB das Gericht angerufen werden. Gemäss Art. 439 Abs. 3 ZGB richtet sich das Verfahren sinngemäss nach den Bestimmungen über das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz, das heisst nach Art. 450 ff. ZGB sowie den kantonalen Bestimmungen zum Kindes- und Erwachsenenschutz. Subsidiär gelten die Bestimmungen der ZPO.¹³⁸ Das bedeutet Folgendes: 7.100

- Das urteilsfähige Kind hat ein eigenständiges Beschwerderecht nach Art. 314b Abs. 2 ZGB.¹³⁹

¹³⁵ GASSMANN/BRIDLER, Rz. 9.7 ff.

¹³⁶ In der Schweiz gibt es bis dato nicht überall echte KESB-Pikettdienste rund um die Uhr; zurzeit gibt es sie in 17 Kantonen.

¹³⁷ In Kraft seit dem 1. Januar 2019. Medizinische Fachpersonen würden es z.B. begrüssen, eine Rückmeldung zu ihren Gefährdungsmeldungen zu erhalten.

¹³⁸ Nach §§ 48–59 EG KESR/ZH; Beschwerden gegen Entscheide betreffend FU (§ 62 EG KESR/ZH mit Verweis auf Art. 314b, 426 ff. ZGB) werden beim Einzelrichter nach § 30 GOG/ZH erhoben; Beschwerden nach Art. 450 Abs. 1 ZGB gegen die KESB (§ 63 EG KESR/ZH) hingegen werden beim Bezirksrat erhoben. Bei Einzelentscheiden ist die Bezirksratspräsidentin oder der Bezirksratspräsident allein entscheidungsberechtigt; ansonsten muss der Bezirksrat in Dreierbesetzung entscheiden. Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des Einzelrichters bei FU.

¹³⁹ Botschaft Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, 7067 f.; HERZIG, familienrechtliches Verfahren, Rz. 905 ff.

- Das untergebrachte Kind kann jederzeit ein Entlassungsgesuch nach Art. 426 Abs. 4 ZGB stellen.
- Das untergebrachte Kind kann die periodische Überprüfung nach Art. 431 ZGB verlangen.
- Das untergebrachte Kind hat ein Recht auf eine Vertrauensperson nach Art. 432 ZGB.
- Das untergebrachte Kind hat ein Recht auf eine Kindesvertretung nach Art. 314a^{bis} Abs. 2 ZGB.

c) **Zwang zur Gesundheitskontrolle von schulpflichtigen Kindern und Zwangsbehandlung (Verwaltungsverfahren)**

7.101 Jede medizinische Behandlung des Kindes, die seitens der Behörden angeordnet wird, stellt aus Sicht des Kindes *eine Behandlung ohne Zustimmung* und damit einen erheblichen Eingriff in die persönliche Freiheit und in die körperliche Integrität des Kindes dar und erfordert die Einhaltung strenger Voraussetzungen (Art. 36 BV): Angenommen, es besteht ein entsprechendes *Gesetz im formellen Sinne*, so lässt sich argumentieren, dass eine Gesundheitskontrolle bzw. eine «Zwangsbehandlung» bei festgestellten Erkrankungen grundsätzlich im Interesse des Kindes liegt. Ein Zwang zur Vornahme einer Behandlung kann also dem Interesse des Kindes dienen und daher auf *überwiegenden öffentlichen Interessen* beruhen. Da der Zwang zur Verfolgung dieser Interessen grundsätzlich *geeignet* ist, stellt sich noch die Frage, ob dieser *verhältnismässig und zumutbar* ist. Gemäss Bundesgericht ist massgebend, wofür respektive wogegen die Zwangsbehandlung ist.¹⁴⁰

7.102 Im Falle eines neuen Gesetzes über die Schulzahnpflege und -prophylaxe für den Kanton Freiburg¹⁴¹ wurde zu Recht eine besondere Rechtfertigung für eine Gesundheitskontrolle verlangt, da von einer Zahnerkrankung weder eine gravierende Selbstgefährdung ausgeht noch eine Fremdgefährdung besteht. Hingegen geht das Bundesgericht davon aus, dass Kinder hinsichtlich ihrer Zahngesundheit nicht urteilsfähig sein können und die Tragweite ihrer Zahnerkrankung beziehungsweise -behandlung nicht in vollem Umfang zu erfassen vermögen. Da das konkrete kantonale Schulzahnpflegegesetz aber nur auf zahnerhaltende und notwendige Massnahmen beschränkt war (Beurteilung oblag der Schulzahnärztin oder dem Schulzahnarzt, welche/r die Massnahme begründen musste) und zudem nur für Kinder vom Kindergartenalter an bis zum Abschluss des Schulobligatoriums anwendbar

¹⁴⁰ BGE 108 Ia 427 E. 7 d–e.

¹⁴¹ BGE 118 Ia 427.

war, hielt das Bundesgericht die Pflicht zur Zahnkontrolle für verhältnismässig. Ein realer Zwang zur Zahnbehandlung erschien dem Bundesgericht hingegen nicht genügend gerechtfertigt.

In jüngster Zeit wird in der Schweiz aufgrund der erhöhten Zahl von Masernfällen über einen Impfwang gegen Masern diskutiert und das Erheben von Bussen für Eltern erwogen, die ihre Kinder nicht impfen lassen wollen.¹⁴² Ein Impfwang ist ebenfalls ein schwerer Grundrechtseingriff (Art. 36 BV)¹⁴³ und es ist festzuhalten, dass das Epidemiegesetz (EpG)¹⁴⁴ keine Grundlage für einen Impfwang bietet. Nach Art. 22 EpG haben allenfalls die Kantone die Kompetenz, ein sog. *Impfobligatorium* einzuführen, was noch kein realer Impfwang ist.¹⁴⁵ Ein Sanktionssystem wie das Auferlegen einer Busse bei unterlassener Impfung wird Eltern generell unter Druck setzen und damit einen indirekten Zwang auf sie ausüben. Entscheidend ist auch in solchen Fällen, dass das betroffene Kind unabhängig von seinen Eltern persönlich angehört wird. Im nachfolgenden Fall wurde das Unterlassen der Anhörung des Kindes wegen Dringlichkeit gestützt.

7.103

Beispiel

Vorabinformation: Art. 52 Abs. 3 des Gesundheitsgesetzes des Kantons St. Gallen (GesG/SG)¹⁴⁶ enthält den Grundsatz, dass die Teilnahme an öffentlichen Impfungen freiwillig ist. X., gesetzlich vertreten durch ihre Eltern (Art. 304 ZGB), erhebt Beschwerde gegen das Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen, weil sie zum Schutz der öffentlichen Gesundheit und zur Bekämpfung einer weiteren Ausbreitung des Masernvirus befristet von der Schule ausgeschlossen worden ist.

7.104

¹⁴² Bundesamt für Gesundheit, Masern – Lagebericht Schweiz, 16. Juli 2019, <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/masern-lagebericht-schweiz.html> (besucht am 24.7.2019); s.a. Bundesamt für Gesundheit, Richtlinien zur Bekämpfung von Masern und Masernausbrüchen, April 2013.

¹⁴³ BGE 144 I 1 E. 2.3 m.w.H.; s.a. BGE 144 II 233 betr. 35 Kinder und Jugendliche zwischen 4 und 17 Jahren, die gegen eine öffentliche AIDS-Kampagne als Realakt in generell-abstrakter Natur i.S.v. Art. 25a VwVG vorgehen können (dazu Rz. 8.44). Das Bundesgericht kam aber zum Schluss, der Schutzbereich im aktuell sexualisierten Zeitalter sei nicht berührt, und betonte, dass die Kampagne dem Gesundheitsschutz der Allgemeinheit dient.

¹⁴⁴ Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (SR 818.101).

¹⁴⁵ Zudem müsste sich ein kantonales Impfobligatorium zum einen auf besonders exponierte Gruppen beschränken, zum anderen müsste eine erhebliche Gefahr drohen, um dieses Obligatorium zu rechtfertigen (GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 838 ff., 841).

¹⁴⁶ Gesundheitsgesetz vom 28. Juni 1979 des Kantons St. Gallen (sGS 311.1).

Im Schuljahr 2016/2017 erkrankt eine Mitschülerin von X. an Masern. Die Kantonsärztin fordert daraufhin die Eltern von X. mit einem unadressierten Schreiben auf, X. während knapp zwei Wochen nicht mehr zur Schule zu schicken, weil diese nicht gegen Masern geimpft und noch nie an Masern erkrankt sei; sie ist eines von fünf Kindern der Klasse, die ungeimpft und noch nie an Masern erkrankt ist. Die Kantonsärztin verfügt den Ausschluss von X. vom 7.–20. Februar 2017, wobei die Sportferien am 19. Februar 2017 beginnen.

Da die zwischenzeitlich 12-jährige Beschwerdeführerin X. geltend macht, dass sie sich auch künftig nicht gegen Masern impfen lassen werde, geht das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen von einer potenziell wiederholbaren Situation aus und bejaht das rechtliche Interesse ausnahmsweise. Nicht auf die Beschwerde eingetreten wird indes, soweit beantragt wird, die Vorinstanz sei zu verpflichten, auch «Schulausschlüsse weiterer nicht geimpfter, aber gesunder Kinder und Jugendlicher zu unterlassen» (E.1). Die Beschwerdeführerin X. beanstandet zunächst, vor der Verfügung der Kantonsärztin zu Unrecht nicht angehört worden zu sein, was aufgrund der Dringlichkeit der Situation, der Zuständigkeit der Kantonsärztin nach Art. 53 EpG sowie Art. 3 lit. d GesG/SG und deren genereller Kompetenz zu vorsorglichen Massnahmen nach dem kantonalem Verwaltungsrechtspflegegesetz (Art. 15 Abs. 3 VRP/SG) abgewiesen wird (E.3.2). Weiter führt das Gericht aus, dass der Schutz der öffentlichen Gesundheit und die Bekämpfung des Masernvirus ein gewichtiges öffentliches Interesse darstelle und die Beschwerdeführerin X. unbestrittenermassen potenzielle Überträgerin des Virus sei, sodass ihr befristeter Schulausschluss bis zum Ablauf der Inkubationszeit (21 Tage) der Senkung des Übertragungsrisikos gedient habe und (daher) gerechtfertigt sei (E.4.1).

VerwGer SG, B 2018/97, 16.3.2019 (Beschwerde zum Zeitpunkt der Drucklegung beim Bundesgericht hängig, Verfahren 2C_395/2019)

E. Zentrale gemeinsame Verfahrensrechte im Gesundheitsbereich

1. Rechtsgrundlagen

- 7.105 Das Handeln im Gesundheitsbereich und die Mitwirkung des Kindes sind, wie die unterschiedlichen Rechtsgrundlagen (Rz. 7.13 ff., Rz. 7.29 ff.) und Anwendungsbereiche zeigen (Rz. 7.58 ff.), sowohl durch Verfahrensbestimmungen in kantonalen Gesundheits- oder Patientinnen- und Patientengesetzen als auch in verschiedenen Bundesgesetzen (z.B. ZGB, GUMG, EpG, HFG) geregelt. Sind keine solchen Vorschriften vorhanden, gelten in öffentlich-rechtlichen Gesundheitsbelangen die kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetze. *In öffentlich-rechtlichen Haftungsfällen* im Gesundheitsbereich gelten indes die kantonalen Bestimmungen zur Staatshaftung und subsidiär die kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetze. *In zivilrechtlichen Gesundheitsbelangen* des Kindes können die Bestimmungen des Bundes und der

Kantone zum Kinderschutzverfahren zur Anwendung gelangen. Bei *Verfahren betreffend Schadenersatz oder Genugtuung* kommen die allgemeinen zivilprozessualen Bestimmungen zur Anwendung. In Gesundheitsbelangen ist je nach Anwendungsfall von einer besonderen Heterogenität von Verfahrensarten und -regeln auszugehen. Es gibt keine «kompilierten» Verfahrensrechte im Gesundheitsbereich und schon gar keine allgemeinen Regeln zu den Verfahrensrechten des Kindes. Umso bedeutungsvoller ist in diesem Themenbereich deshalb die Umsetzung der völker- und verfassungsrechtlichen Grundlagen, namentlich der Art. 12 KRK, Art. 11 BV sowie der Verfahrensgarantien nach Art. 6 EMRK und Art. 29–32 BV. Diese Grundrechtsbestimmungen können in kantonalen Verfahren direkt angerufen werden und sind bei der Auslegung des Verfahrensrechts als Minimalstandards zu berücksichtigen (s.a. Rz. 4.152 ff., Rz. 8.24 ff.). Nachfolgend werden die wichtigsten rechtlichen Stellungen und Mitwirkungsrechte, die das Kind in einem gesundheitsrechtlichen Verfahren haben kann, zusammengeführt.

2. Zugang zum Verfahren

Ein Kind, das als Rechtssubjekt ernst genommen wird, soll auch Zugang zu Verfahren in Gesundheitsbelangen haben, die es betreffen. Ansonsten kann es seine Kinderrechte nicht durchsetzen. Diesem sog. Kinderrechte-Ansatz («Child Rights based Approach»)¹⁴⁷ folgt der Schutzgedanke, wonach ein Kind im Verfahren möglichst geschützt und nicht (weiter) gefährdet werden soll.¹⁴⁸ Die Mitwirkungsrechte des Kindes können dabei je nach Anwendungsbereich (Rz. 7.58 ff.) und je nach Stellung im Verfahren unterschiedlich sein. Wird eine medizinisch indizierte Behandlung bei einem Kind von den Eltern oder gar einer medizinischen Fachperson nicht ausgeführt, steht eine Form von Behandlungszwang zur Diskussion oder steht eine fürsorgerische Unterbringung eines Kindes an, so kann und wird das Verfahren regelmässig durch eine entsprechende *Meldung bei der KESB* eingeleitet werden. Aufgrund der im Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren geltenden Untersuchungs- und Officialmaxime ist die KESB verpflichtet, von Amtes wegen den erhaltenen Hinweisen nachzugehen und damit das Verfahren einzuleiten.

7.106

¹⁴⁷ Das Kind hat einen Anspruch auf aktive Partizipation. Es beteiligt sich nicht, «um Angebote zu verbessern»: MAYWALD/EICHHOLZ, 31 f.; es geht damit auch um einen Paradigmenwechsel von einem Qualitäts- zu einem Partizipationsdiskurs: BLUM/COTTIER/MIGLIAZZA, Einleitung.

¹⁴⁸ BISCHOF, 150.

- 7.107 Damit die Interessen des klagelegitimierten gesundheitsgeschädigten Kindes ins Zivil- oder Verwaltungsverfahren einfließen können, sind auch dem klagelegitimierten prozessunfähigen Kind minimale Mitwirkungsrechte einzuräumen.

3. Kind als Partei

- 7.108 Sobald die KESB im Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung ein Verfahren eröffnet hat, kommt dem betroffenen Kind aufgrund des höchstpersönlichen Rahmens (Art. 19c ZGB) auch *Parteistellung* zu. Dies wird zwar weder im Kindeschutzrecht noch im Zivilverfahrens- oder Verwaltungsverfahrenrecht ausdrücklich festgeschrieben. Für das Abstammungs- und das Kindeschutzverfahren ist es aber mehrheitlich anerkannt (Rz. 6.31 ff.).¹⁴⁹ Im Kindeschutzverfahren betreffend eine *fürsorgerische Unterbringung* in einer psychiatrischen Einrichtung ist die Parteistellung des urteilsfähigen Kindes unbestritten.¹⁵⁰ In Zivil- und Verwaltungsverfahren betreffend Schadenersatzforderungen wegen Behandlungsfehlern ist das Kind sodann regelmässig einzig aktivlegitimiert und Partei, die aber regelmässig von den Eltern vertreten wird.
- 7.109 Die Parteistellung des Kindes im Verfahren ist Voraussetzung dafür, dass dieses prozessuale Rechte und Pflichten hat. Das urteilsfähige Kind soll *als selbstständig handelnde Partei* Verfahrensrechte ausüben dürfen, das heisst, angehört werden, Anträge stellen dürfen und Rechtsmittel einlegen können.

a) Kind als selbstständig handelnde Partei

- 7.110 Ein urteilsfähiges Kind übt dabei die zur Umsetzung dieser höchstpersönlichen Rechte nötigen Verfahrensrechte selbstständig aus, was aber eine gesetzliche Vertretung durch seine Eltern in einem Verfahren aber nicht ausschliesst (Handeln in fremdem Namen; Art. 304 ZGB). Die Tatsache, dass im Idealfall in der Praxis ein urteilsfähiges Kind und die gesetzliche Vertretung gemeinsam in eine medizinische Entscheidung einbezogen werden und gemeinsam über ein Verfahren entscheiden, ändert daran nichts.¹⁵¹ In vielen Verfahren betreffend die Gesundheitsbelange und die Krankheitssituationen eines Kindes werden nach wie vor die Eltern (oder die

¹⁴⁹ BGE 120 Ia 369 E. 1 (betr. Besuchsrecht); jüngst vom Bundesgericht bestätigt in BGer, 5A_702/2018, 1.2.2019 (betr. Eheschutzverfahren); 5P.41/2006, 17.2.2006, E. 1.3 (betr. Obhut). Der Grossteil der Lehre anerkennt die Parteistellung; zur Übersicht über die Meinungen s. ZOGG.

¹⁵⁰ BK-AFFOLTER/VOGEL, Art. 314a^{bis} ZGB N 95 ff.

¹⁵¹ Bundesrat, Bericht Patientenpartizipation, 7 ff.

gesetzliche Vertretung des Kindes) für dieses entscheiden.¹⁵² In akuten Situationen bleibt womöglich auch gar keine Zeit, um den Willen des Kindes und/oder denjenigen seiner Eltern zu eruieren oder den eines Beistandes oder einer Behörde in Erfahrung zu bringen.

b) Mitwirkungsrechte in Gesundheitsbelangen bei Interessenkollision

Damit die Interessen des Kindes rechtsgenügend ins Kindesschutzverfahren einfließen können, sind auch dem klagelegitimierten prozessunfähigen Kind Mitwirkungsrechte einzuräumen.¹⁵³ 7.111

Da medizinische Belange auch bei einer erwachsenen Person zu Verständnisschwierigkeiten führen können, ist nach hier vertretener Auffassung in Gesundheitsbelangen in der Regel dem Antrag eines urteilsfähigen Kindes auf Vertretung nachzukommen. Dafür spricht, dass *Art. 12 KRK nicht nur Vorbild* für Art. 314a^{bis} ZGB gewesen ist,¹⁵⁴ sondern *direkt anwendbar ist*. Zudem ist eine solche Auslegung wertungskohärent mit den entsprechenden Bestimmungen im Adoptionsrecht (Art. 268a^{ter} Abs. 2 ZGB) und im eherechtlichen Verfahren (Art. 299 Abs. 3 ZPO), nach denen ausdrücklich von der Verbindlichkeit des Antrags des urteilsfähigen Kindes auf Vertretung auszugehen ist. 7.112

c) Mitwirkungsrechte des Kindes betreffend Gesundheitsbelange im Kindesschutzverfahren sind nur teils konkretisiert

Für diejenigen Mitwirkungsrechte des Kindes im Gesundheitsbereich, für welche das Kindesschutzverfahren gilt, werden nachfolgend einige Parteirechte des Kindes, explizit festgehalten und konkretisiert: Das *Recht auf Anhörung* ist in Art. 314a ZGB umgesetzt und wie folgt konkretisiert: Gefragtes und Gehörtes, das wichtig ist für die Entscheidung der Behörde, muss *protokolliert* werden. Das ist wichtig für die Sicherstellung der Anhörung des Kindes und dafür, dass eine Auseinandersetzung der Entscheidungsträgerinnen und -träger mit dem Gehörten stattfindet. Zudem ist das *Beschwerderecht* des Kindes für den Fall festgeschrieben, dass es nicht angehört wurde (Art. 314a Abs. 2 und 3 ZGB). In Bezug auf das Recht des Kindes auf *rechtliche Vertretung durch eine Fachperson* (Kindesvertretung) nach Art. 314a^{bis} ZGB wird für das Kindesschutzverfahren im Gesundheitsbereich in der Regel von einer Interessenkollision zwischen den Eltern und dem Kind ausgegangen, und es 7.113

¹⁵² Rz. 3.77; HOTZ, Kinder fördern, 46 f.

¹⁵³ PFISTER PILLER, Rz. 3.69.

¹⁵⁴ CHK-BIDERBOST, Art. 314a^{bis} ZGB N 1.

ist deshalb eine Fachperson Kindesvertretung nach Art. 314a^{bis} ZGB einzusetzen, welche die Interessen des Kindes unabhängig wahrnimmt. Nicht ausdrücklich formell-gesetzlich geregelt ist indes das Verfahren bei einer fürsorgerischen Unterbringung eines Kindes. Gemäss Art. 314b Abs. 2 ZGB kann das urteilsfähige Kind bei einer stationären Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik oder einer anderen geschlossenen Einrichtung das Gericht zwar selbstständig anrufen. In der Praxis wird sich jedoch regelmässig die Frage stellen, wie es dieses Recht umsetzen kann.¹⁵⁵

F. Zusammenfassung

- 7.114 Das Recht des Kindes auf Gesundheitsversorgung (Art. 24 KRK; Art. 41 BV), auf Beteiligung an medizinischen Entscheidungen (Art. 12 KRK; Art. 10–11 BV; Art. 19c, Art. 28 ZGB) und auf Verfahren unabhängig von den Eltern ist aus dem materiellen internationalen und nationalen Recht klar ableitbar und im Gesundheitsbereich anwendbar. Es fehlen aber klare formell-gesetzliche Grundlagen, welche die Rechte des Kindes als Rechtssubjekt in allen Belangen, die seine Gesundheit betreffen, umfassend umsetzen und konkretisieren. Je nach Anwendungsbereich enthalten Bundesgesetze (z.B. das Humanforschungsgesetz, das Gesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen oder das Epidemiegesetz), verfahrensrechtliche Sonderbestimmungen. Es fehlt folglich an einem einheitlichen Umgang mit Kindern in gesundheitsrechtlichen Verfahren.
- 7.115 Im Gesundheitsbereich wird *unter der Mitwirkung des Kindes* noch immer regelmässig die medizinische Aufklärung und die informierte Einwilligung des Kindes respektive seiner Eltern verstanden. Das greift zu kurz, denn andere Formen der Mitwirkung, wie etwa die Information vor und nach einem Klinikaufenthalt oder die Begleitung durch eine Behandlung sowie die Mitwirkung von sehr jungen und/oder urteilsunfähigen Kindern, werden dadurch meist ausser Acht gelassen.
- 7.116 Die Selbstverständlichkeit, das Kind in den gesamten Entscheidungsprozess einzubeziehen, fehlt nach wie vor. In der Rechtsprechung zeigt sich, dass ein Kind je nach Anwendungsbereich nur aktivlegitimiert ist (etwa bei einer Schadenersatz- und Genugtuungsforderung wegen fehlerhafter Behandlung) oder aber Parteistellung hat (z.B. bei einer Vaterschaftsklage oder bei einem kurzfristigen Schulaus-

¹⁵⁵ CHK-BIDERBOST, Art. 314b ZGB N 2a f.

schluss wegen fehlender Masernimpfung). Nur ist nirgends formell-gesetzlich ausgeführt, was das genau bedeutet. Wird ein Kind in einem Forderungsprozess, der seine medizinische Behandlung betrifft, beispielsweise tatsächlich angehört? Denn nur wenn eine Anhörung stattgefunden hat, kann das Gericht eine Interessenkollision zwischen dem Kind und seinen Eltern feststellen. Oder kann sich ein Kind im Zivilverfahren sinngemäss auf Art. 298 ZPO berufen, auch wenn es sich nicht um «Kinderbelange» handelt? Will ein 12-jähriges Kind einen jahrelangen Prozess zu seinem längst vergangenen zweiwöchigen Schulausschluss aufgrund fehlender Masernimpfung überhaupt führen? Wollte das Kind damals keine Masernimpfung und will es dies auch heute nicht oder sind es die Eltern, die keine wünsch(t)en? Dieses Kind hat sich zwischenzeitlich wohl längst einige Kenntnisse zum Masern-Virus angeeignet und entscheidet aufgrund der Höchstpersönlichkeit eines medizinischen Eingriffs selbst über die Impfung (Art. 19c ZGB). Eine formelle Rechtsgrundlage für eine Fachperson Kindesvertretung, wie sie Art. 314a^{bis} Abs. 1 Ziff. 2 ZGB formuliert (mit Ermessensspielraum «falls nötig») existiert ausserhalb eines Kindesschutzfalles (Gefährdung des Kindeswohls) indes nicht.

Die Tatsache, dass bei Fällen von Zwangsbehandlungen und fürsorgerischen Unterbringungen keine klaren formell-gesetzlichen Grundlagen zum Umgang mit dem urteilsfähigen und dem urteilsunfähigen Kind und zur Rolle der Sorgeberechtigten bestehen, gibt Anlass zur Sorge.¹⁵⁶ 7.117

Die Verfahrensbestimmungen für eine fürsorgerische Unterbringung in einer Kinder- und Jugendpsychiatrie nach Art. 314b ZGB i.V.m. Art. 426 ff. ZGB können sinngemäss angewendet werden und sollen auch angewendet werden: Aus Sicht eines Kinderrechte-Ansatzes ist es zu unwägbar, was mit einem Kind im Geflecht von Akteuren sowie von Not, Krankheit und Ressourcenmangel geschieht. Zudem bestehen nur punktuelle Rechtsgrundlagen für eine Bezugs- oder Vertrauensperson, die das Kind begleiten kann, oder für ein selbstständiges Beschwerderecht des Kindes. – Hier sollten systematisch Daten erhoben und alle 3–5 Jahre evaluiert werden, wobei vorab den betroffenen Kindern ein fester Platz in der Evaluation zukommen sollte. 7.118

¹⁵⁶ Die Revision des Erwachsenenschutzrechts von 2013 war auf Erwachsene ausgerichtet (Botschaft Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, 7102, enthält gerade mal eine halbe Seite zum Kindesschutz). Gemäss HÄFELI, Rz. 38.32, besteht «beträchtlicher Erklärungsbedarf» und es existiert in Praxis und in Theorie ein Desiderat, dass dieser Rechtsbereich ausdrücklich geregelt wird: SCHNELLER/BERNARDON, 121; BÜCHLER/MICHEL, 150.

- 7.119 Hingegen fehlen umfassende besondere Vorschriften für die fürsorgerische Unterbringung eines Kindes, was sich mit einem Kinderrechte-Ansatz nur schwerlich vereinbaren lässt. Tatsache ist ferner, dass es in der Praxis oft zu ärztlichen Unterbringungen von Kindern kommt, die ausserhalb eines behördlichen (KESB) oder gerichtlichen Verfahrens stattfinden.
- 7.120 Die Festschreibung und die Umsetzung *eines integrativen Ansatzes*, wie ihn die Leitlinien des Europarates für eine kinderfreundliche Gesundheitsversorgung skizzieren und der das Kind, die Eltern, medizinische Fachpersonen und Behörden systematisch in die Entscheidungsprozesse einbezieht, fehlen. Den Beteiligten ist daher zu empfehlen, sich möglichst früh mit allen Akteuren an den «runden Tisch» zu setzen¹⁵⁷ und Bedürfnisse, Notwendigkeiten und Ressourcen zu besprechen sowie den «Behandlungsplan» gemeinsam zu erarbeiten und festzuhalten – wobei das Kind (sofern möglich) anwesend ist und die Interessen des Kindes unabhängig von denjenigen der Eltern wahrgenommen werden und im Mittelpunkt stehen. Ferner sollte systemisch klar sein, welche Fachperson die Rolle der Kindesvertretung übernimmt. Oft sind es die medizinischen Fachpersonen, die etwa gegenüber den Behörden (Schulbehörden, KESB) die Funktion der Fachperson Kindesvertretung (teils auch der Eltern) übernehmen, was nicht angehen kann, da ihnen sowohl die Ressourcen als auch das juristische Know-how fehlen.
- 7.121 Im Zusammenhang mit den zunehmenden gesundheitsrechtlichen Themen, die für Kinder und ihre Eltern und weitere Kreise (Schule) individuell und gesellschaftlich relevant sind, sollte den Mitwirkungsrechten der Kinder als unabhängige Rechtssubjekte und den Rechten der anderen Verfahrensbeteiligten künftig (noch) mehr Bedeutung beigemessen werden.

¹⁵⁷ Horz, Kinder fördern, 28 ff.