

lic. iur. HSG ROGER BURGES

Rechtsanwalt, Eingetragen im St. Gallischen Anwaltsregister
Notar, Eingetragen im St. Gallischen Register der Notare

EINSCHREIBEN

Schweizerisches Bundesgericht
Av. du Tribunal fédéral 29
1000 Lausanne 14

MONTAG, 24. FEBRUAR 2020

Sehr geehrte Damen und Herren
Bundesrichtern und Bundesrichter

BESCHWERDE

in Zivilsachen

F. G., 12.05.1959, N. X., 3604 Thun
zurzeit Psychiatriezentrum Münsingen, Hunzigenallee 1, 3110 Münsingen
vertreten durch RA Roger Burges, 9032 Engelburg

BESCHWERDEFUEHRERIN

gegen

KINDES- UND ERWACHSENENSCHUTZBEHOERDE (KESB) Thun
Scheibenstrasse 5, Postfach 109, 3602 Thun

BESCHWERDEGEGNERIN

betreffend

EINWEISUNG ZUR BEGUTACHTUNG

Art. 449 ZGB

Art. 5, Art. 6 Ziff. 1, Art. 8 und Art. 13 EMRK

Entscheid KES 20 113 des Kindes- und Erwachsenenschutzgerichts
Obergericht des Kantons Bern
vom 10. Februar 2020
Ausfertigung: 14. Februar 2020

STRAFVERTEIDIGUNG / ERWACHSENENSCHUTZ / FÜRSORGERISCHE UNTERBRINGUNG / STRASSENVERKEHR / WAFFENRECHT

SCHWENDISTRASSE 10 9032 ENGELBURG TEL 004171 278 04 83 FAX 004171 278 02 65

POSTKONTO 85-751188-4 / IBAN CH69 0900 0000 8575 1188 4

I. RECHTSBEGEHREN:

1. Ziff.1 des angefochtenen Entscheides sei aufzuheben, die Beschwerdeführerin sei mit sofortiger Wirkung aus dem Psychiatriezentrum Münsingen zu entlassen und von einer Begutachtung der Beschwerdeführerin sei abzusehen.
2. Als vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 104 BGG sei die (weitere) Ausarbeitung eines Gutachtens unverzüglich zu verbieten. Sollte es hierfür zu spät sein, so sei festzustellen, dass das erstattete Gutachten nicht zur Anwendung bzw. Verwertung gelangen dürfe.
3. Es sei i.S.v. Art. 13 EMRK festzustellen, dass Art. 5, Art. 6 Ziff.1 und Art. 8 EMRK verletzt worden sind.
4. Der Beschwerdeführerin seien die unentgeltliche Rechtspflege sowie Rechtsverbeiständung durch RA Burges zu gewähren und sie sei von der Leistung von Vorschüssen zu befreien.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge; eine allfällige Entschädigung sei an RA Burges direkt auszubezahlen.

II. FORMELLES:

1. Eine Vollmacht liegt dem angefochtenen Entscheid (Art. 42 Abs.3 BGG) bei, die Zustellung des begründeten Entscheides, gegen welchen erst die Beschwerde möglich ist, erfolgte am 18. Februar 2020, die 30-tägige Beschwerdefrist begann (Art. 44 Abs.1 BGG) zu laufen am 19. Februar 2020 (Schaltjahr) und endet am 20. März 2020 (Freitag), womit die heutige Eingabe an das Bundesgericht gemäss Rechtsmittelbelehrung zur richtigen Zeit am richtigen Ort erfolgt.

1. *Angefochtener Entscheid*
2. *Vollmacht*
3. *Briefumschlag mit Sendungsnummer*
4. *Sendungsverfolgung Track & Trace*

2. Die Einweisung zur Begutachtung wurde befristet bis zum 04. März 2020. Bei Einreichung dieser Beschwerde ist dieses Datum noch nicht abgelaufen. Hernach, nach Entlassung, stellt sich die Frage nach der Rechtmässigkeit und somit Verwendbarkeit des entsprechenden Gutachtens. Dementsprechend besteht ein Rechtsschutzinteresse an einer Beurteilung, auch über den Entlassungszeitpunkt hinaus.

III. SACHVERHALT:

1. „Am 10. Januar 2020 wurde G. F. (geb. 12.05.1959; nachfolgend Beschwerdeführerin) von Dr. med. Z. mittels ärztlicher fürsorglicher Unterbringung im Psychiatriezentrum Münsingen (abgekürzt: PZM) untergebracht“ (zit. angefochtener Entscheid, E.I.1.1).

2. „Gegen diese ärztliche fürsorgliche Unterbringung erhob die Beschwerdeführerin am 13. Januar 2020 Beschwerde beim Kindes- und Erwachsenenschutzgericht des Kantons Bern. Mit Entscheid vom 22. Januar 2020 (KES 20 47) wies das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht die Beschwerde ab und stellte fest, dass die gesetzliche 6-Wochenfrist am 20. Februar 2020 ablaufe“ (...) „Eine gegen diesen

Entscheid erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht zwischenzeitlich ab, soweit es darauf eintrat (Urteil des BGer 5A_90/2020 vom 7. Februar 2020)" (zit. angefochtener Entscheid, E.I.1.2).

3. „Mit Entscheid vom 23. Januar 2020 ordnete die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Thun" (...) „die Begutachtung der Beschwerdeführerin durch das PZM an. Die Einweisung zur Begutachtung befristete die Vorinstanz bis am 4. März 2020" (zit. angefochtener Entscheid, E.I.2.1):

4. Unter SV.I.5 wurde dort erwogen: „Mit Schreiben vom 14.01.2020 beantragten Dr. med. A. P., Oberarzt und Dr. med. B.M. E., Assistenzärztin, beide PZM, die Einweisung von G. F. zur stationären Begutachtung" und unter E.II.1 heisst es weiter: „G. F. hat Wohnsitz in Thun, womit die KESB Thun für die Prüfung und Anordnung einer fürsorgerischen Unterbringung örtlich und sachlich zuständig ist."

5. Zur Dauer der vorgesehenen Unterbringung was folgt: „Die altrechtliche 6-Wochen-Frist stellt für den vorliegenden Fall eine geeignete Maximalfrist dar. Die Begutachtungsfrist - gerechnet ab dem Datum des vorliegenden Einweisungsentscheids - läuft somit am 04.03.2020 ab" (zit. E.II.8).

6. In Ziff.1 jenes Entscheides heisst es: „G. F. wird gestützt auf Art. 449 ZGB bis voraussichtlich am 04.03.2020 zur psychiatrischen Begutachtung ins PZM Psychiatriezentrum Münsingen AG (PZM) eingewiesen". In Ziff.3 heisst es sodann: „Zuständig für die Entlassung ist die KESB Thun" und in Ziff.6 heisst es: „Die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen diesen Entscheid ist von Gesetzes wegen entzogen".

5. Entscheid KESB vom 23. Januar 2020

7. Hierzu was folgt: Anlässlich der Anhörung vom 22. Januar 2020 um 15:00 Uhr fragte die Anwesende Pflegefachfrau und Bezugsperson J. G. die KESB- Vizepräsidentin Dr. iur. E. W. - P. , „ob das vom Obergericht des Kantons Bern festgestellte Austrittsdatum vom

20.02.2020 nicht mehr gelte“, worauf die Vizepräsidentin erläutert, „dass dies dem Ablaufdatum der Frist der ärztlichen fürsorgerischen Unterbringung entspreche. Die behördliche Einweisung zur stationären Begutachtung ersetze die Frist der ärztlichen fürsorgerischen Unterbringung und löse einen neuen Fristenlauf von 6 Wochen aus“ (zit. Anhörungsprotokoll vom 22.01.2020, S. 2/4).

6. *Anhörungsprotokoll KESB vom 22.01.2020*

8. „Gegen diesen Entscheid“ (der KESB vom 23. Januar 2020) „hat die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 4. Februar 2020 beim Kindes- und Erwachsenenschutzgericht des Kantons Bern Beschwerde erhoben“ (angefochtener Entscheid, E.I.2.2). Die Beschwerdeverhandlung vor dem Kindes- und Erwachsenenschutzgericht hat am 10. Februar 2020 stattgefunden“ (angefochtener Entscheid, E.I.2.5). „Mit Faxschreiben vom 10. Februar 2020“ (eingegangen am 11. Februar 2020) hat die Beschwerdeführerin die schriftliche Entscheidungsbegründung verlangt“ (angefochtener Entscheid, E.I.2.6).

IV. Indem das Berner Obergericht im angefochtenen Entscheid vom 10. Februar 2020 auf die Beschwerde gegen die Unterbringung (Entlassungsgesuch) nicht eintrat, hat es Art. 5 Ziff.4 und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzt.

9. „Bei Gutheissung der vorliegenden Beschwerde würde das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht zwar den angefochtenen Entscheid (Einweisung zur Begutachtung) aufheben, könnte die Beschwerdeführerin jedoch nicht aus dem PZM entlassen. Für die Unterbringung der Beschwerdeführerin im PZM besteht zurzeit auch noch der Unterbringungstitel der ärztlichen fürsorgerischen Unterbringung vom 10. Januar 2020“ (...), „der nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet. Soweit demnach die Beschwerdeführerin ihre sofortige Entlassung beantragt, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden“ (zit. angefochtener Entscheid, E.III.4.2), so meint das Obergericht.

10. Demnach: Auf das Begehren um Entlassung gegen jenen Einweisungsentscheid zur Begutachtung der KESB Thun vom 23. Januar 2020 trat das Obergericht deshalb nicht ein, weil ja noch eine ärztliche Fürsorgerische Unterbringung vom 10. Januar 2020 hätte bestehen sollen, obwohl es im Anhörungsprotokoll der KESB vom 22.01.2020, 15:00 Uhr hiess, „die behördliche Einweisung zur stationären Begutachtung ersetze die Frist der ärztlichen fürsorgerischen Unterbringung“ und ungeachtet dessen, dass sich die KESB in Ziff.3 ihres Entscheides vom 23. Januar 2020 die Entlassungskompetenz vorbehielt und in Missachtung der Tatsache, dass das Obergericht in Ziff.2 seines Entscheides vom 22. Januar feststellte, „dass die gesetzliche 6- Wochenfrist am 20. Februar 2020 abläuft:

11. Diese Frist und damit der ganze Unterbringungsentscheid wurde ersetzt, durch jenen (hier angefochtenen) Entscheid der KESB vom 23. Januar 2020 (Ziff.1): „Bis voraussichtlich am 04.03.2020“. Denn für die ärztliche FU gilt gemäss Gesetz: Die ärztliche Unterbringung fällt spätestens nach Ablauf der festgelegten Dauer dahin, sofern nicht ein vollstreckbarer Unterbringungsentscheid der Erwachsenenschutzbehörde vorliegt, Art. 429 Abs.2 ZGB und in der Literatur heisst es deswegen: „Der Einweisungsentscheid erwächst in formelle, nicht aber in materielle Rechtskraft“ (zit.: KOKES - Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 10.19, 1. Auflage, Zürich 2012).

12. Es bestand somit kein (ärztlicher) Unterbringungstitel vom 10. Januar 2020 mehr, den das Obergericht nicht hätte überprüfen können, die Beschwerde richtete sich gegen die Einweisung durch die KESB zur Begutachtung vom 23. Januar 2020, gestützt auf Art. 449 ZGB, wobei natürlich die Bestimmungen über das Verfahren bei fürsorgerischer Unterbringung sinngemäss anwendbar sind, Art. 449 Abs. 2 ZGB und auf jeden Fall kann gegen diesen Freiheitsentzug das Gericht angerufen werden:

13. Jede Person, die festgenommen oder der die Freiheit entzogen ist, hat das Recht zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn der Freiheitsentzug nicht rechtmässig ist, Art. 5 Ziff.4 EMRK, wobei als gesetzlich vorgeschriebener

Freiheitsentzug der rechtmässige Freiheitsentzug bei psychisch Kranken genannt wird (Art. 5 Ziff.1 lit.e EMRK), altrechtlich der Fürsorgerische Freiheitsentzug gemäss aArt. 397a ff. ZGB, heute wohl die fürsorgerische Unterbringung dementsprechend auch die Einweisung zur Begutachtung gemäss Art. 449 ZGB, schliesslich erfolgt diese aufgrund bzw. zur Abklärung einer psychischen Krankheit.

14. Indem das Obergericht des Kantons Bern diesen behördlichen Unterbringungsentscheid im Hinblick auf das Begehren um sofortige Entlassung nicht geprüft hat, hat es somit Art. 5 Ziff.4 EMRK verletzt.

15. „Darüber darf natürlich nicht vergessen werden, dass es privatrechtliche Streitigkeiten gibt, in denen es nicht um Geld geht. Man denke nur an Entmündigung oder fürsorgerischen Freiheitsentzug, also Fälle, bei denen der ökonomische Aspekt jedenfalls nicht das Wesentliche ist. Es ist deshalb zu begrüßen, dass der Gerichtshof kürzlich klargestellt hat, dass auch eine Streitigkeit über die Rechtmässigkeit einer Freiheitsentziehung zivilrechtlicher Natur ist“ (zit.: Arthur HAEFLIGER, Frank SCHUERMANN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern 199, S.141) und wenn das Berner Obergericht dagegen hält und ausführt, „soweit demnach die Beschwerdeführerin ihre sofortige Entlassung beantragt, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden“ (zit. angefochtener Entscheid, E.III.4.2), verletzt es auch den zivilrechtlichen Anspruch auf Prüfung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht gemäss Art. 6 Ziff.1 EMRK.

IV. Indem das Berner Obergericht im angefochtenen Entscheid vom 10. Februar 2020 die Beschwerde gegen die Begutachtung abwies, hat es Art. 8 EMRK Art. 10 Abs.2 und Art. 13 BV verletzt.

16. Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz, Art. 8 Abs.1 EMRK. Jeder Mensch hat das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit, Art. 10 Abs.2 BV. Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres

Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs, Art. 13 Abs. 1 BV.

17. Indem anlässlich der Verhandlung vom 10. Februar 2020 RA Burges ausführte, „die Einweisung zur Begutachtung stelle neben dem Freiheitsentzug einen schweren Eingriff in die Privatsphäre dar“ (zit. angefochtener Entscheid, E.III.5.2.4.) und weiter: „die Begutachtung sei völlig überzogen und stelle einen schweren Eingriff dar“ (zit. angefochtener Entscheid, E.III.5.2.4 weiter unten), hat die Beschwerdeführerin die genannten Konventions- und Verfassungsmässigen Grundrechte (Privatleben, persönliche Freiheit) zumindest materiell angerufen, womit dem Erschöpfungsgrundsatz des Art. 35 Abs.1 EMRK entsprochen wurde.

18. Der Einzelne darf selbst bestimmen, wem er was von seinem persönlichen Leben preisgibt. Die psychiatrische Begutachtung stellt einen empfindlichen Eingriff in den Kernbereich der Persönlichkeit der Beschwerdeführerin dar. Da dies gegen ihren Willen angeordnet wurde, sind ihr Selbstbestimmungsrecht, ihre Intimsphäre und damit ihr Privatleben in schwerer Weise betroffen, was dem Gehalt von Art. 8 EMRK entspricht.

19. Sodann lautet Art. 449 Abs. 1 ZGB: Ist eine psychiatrische Begutachtung unerlässlich und kann diese nicht ambulant durchgeführt werden, so weist die Erwachsenenschutzbehörde die betroffene Person zur Begutachtung in eine geeignete Einrichtung ein. In seinen Erwägungen (E.III.4.2.4) legt das Obergericht nicht plausibel dar, weshalb eine psychiatrische Begutachtung sich als unerlässlich erweisen sollte:

20. Dass die Beschwerdeführerin „zurzeit wegen einer Dekompensation der bekannten paranoiden Schizophrenie bei Medikamentenmalcompliance fürsorgerisch im PZM untergebracht“ und „aufgrund vermehrter Konflikte mit ihren Nachbarn, einem massiven Gewichtsverlust und dem Verdacht auf einen Verschmutzungswahn als akut selbstgefährdet und behandlungsbedürftig eingeschätzt worden“ (angefochtener Entscheid, E.III.5.3.1) sein sollte, wäre allenfalls als Voraussetzung einer fürsorgerischen Unterbringung zu prüfen, was das Obergericht im angefochtenen Entscheid ja gerade nicht tut!

21. Auch wenn der Gesundheitszustand der fürsorgerisch Untergebrachten Beschwerdeführerin „noch nicht als hinreichend stabilisiert“ betrachtet wurde, sie „keine Krankheitseinsicht“ zeige und ihre Krankheit bagatellisieren würde, sich als „einfach psychisch etwas angeschlagen, jedoch nicht krank“ einstuft und keine markanten Veränderungen „nach Absetzen der Medikamente“ bei sich registrierte und den Gewichtsverlust „nicht respektive erst zu spät bemerkt“ haben sollte (angefochtener Entscheid, E.III.5.3.1), kann deswegen die Begutachtung nicht als unerlässlich bezeichnet werden, nur weil eine allfällige Schutzbedürftigkeit bestehen sollte.

22. Ein „Verdacht auf einen Schwächezustand im Sinne von Art. 425 Abs.1 ZGB“ sowie „die Notwendigkeit einer Behandlung oder Betreuung, wobei eine Krankheitseinsicht zu fehlen scheint“ (angefochtene Entscheid, E.III.5.3.1) würden allenfalls als Grundlage einer (ärztlichen oder behördlichen) fürsorgerischen Unterbringung dienen, machen aber eine psychiatrische Begutachtung deswegen noch lange nicht „unerlässlich“ i.S.v. Art. 449 Abs.1 ZGB:

23. „Um dies“ - sprich: obiges - „abschliessend beurteilen zu können, ist eine vertiefte und sorgfältige Abklärung des aktuellen Krankheitsbildes und der allenfalls nötigen Behandlung und Betreuung notwendig“, so das Obergericht weiter in E.III.5.3.1, wobei es ganz ausser Acht lässt, dass die Beschwerdeführerin ja bereits schon am 10. Januar 2020 zur notwendigen Behandlung und Betreuung (ärztlich) eingewiesen wurde und jenen Freiheitsentzug nicht einer Prüfung unterziehen will; „nur so können die Grundlagen für einen definitiven Einweisungsentscheid geschaffen werden“, welcher ja schon lange besteht und nicht mehr geprüft wird durch das Obergericht - wie dargetan - in Verletzung von Art. 5 Ziff.4 und Art. 6 Ziff.1 EMRK!

24. Sodann müsse im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung „davon ausgegangen werden, dass sie nicht an einer ambulanten Behandlung teilnehmen würde“ (zit. angefochtener Entscheid, E.III.5.3.2), wie denn, so fragt es sich, wenn doch „für die Unterbringung der Beschwerdeführerin im PZM“ - so das Obergericht ja selber - „auch noch der Unterbringungstitel der ärztlichen fürsorgerischen Unter-

bringung vom 10. Januar 2020" bestehen sollte (vgl. angefochtener Entscheid, E.III.4.2)!

25. Und dass die Beschwerdeführerin hierbei „einen Verbleib in der Klinik nicht als notwendig erachtet und nicht sieht, weshalb ein Gutachten nötig sein sollte“, dass sie „sich selber als stabil“ betrachte und „daher keine genügende Krankheits- und Behandlungseinsicht“ zeige (angefochtener Entscheid, E.III.5.3.2.) lässt überhaupt keine Notwendigkeit einer Massnahme erkennen, vielleicht hat sie ja Recht!

26. Zur Dauer bis zum 4. März: Ob diese erforderlich sei oder nicht, hat weder die KESB (vgl. oben) noch das Obergericht ernsthaft geprüft, man hat einfach die 6- Wochenfrist am 22. Januar neu angesetzt, vgl. Sachverhalt, Ziff.5!

V. Der unbegründete Entscheid wurde ausgehändigt am 10. Februar 2020. Es wurde sofort ein begründetes Urteil verlangt. Dieses ging ein am 18. Februar 2020. Für eine wirksame Beschwerde an das Bundesgericht bleibt kaum Zeit, wenn der angefochtene Entscheid sogleich vollstreckbar ist!

27. Die Begutachtung stellt einen empfindlichen Eingriff in den durch Art. 8 EMRK geschützten Bereich dar. Zunächst einmal soll eine solche Begutachtung verhindert werden, ehe definitiv über ihre Rechtmässigkeit entschieden ist. Aus diesem Grund wird hier als vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 104 BGG verlangt, dass der (weitere) Vollzug der Begutachtung ab sofort und bis zu einer definitiven Entscheid zu unterbleiben habe.

28. Sodann kann ein solches Gutachten als Grundlage von weiteren Massnahmen dienen, so insbesondere: Ambulante Massnahme gemäss Art. 437 ZGB. Bei der Anordnung solcher Massnahmen (z.B. regelmässige Depotmedikation) wird oftmals einem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung entzogen. Es kommt u.U. zur Verletzung der persönlichen Freiheit und der Menschenwürde aufgrund eines Gutachtens, welches nicht rechtens angeordnet war. Aus diesem Grund wird, sollte es schon zu spät sein zur Verhinderung des Gutachtens, im Falle dessen

Unrechtmässigkeit verlangt, dass das Bundesgericht feststellt, dieses sei nicht rechtens bzw. nicht anwendbar.

29. Art. 13 EMRK garantiert das Recht auf eine wirksame Beschwerde: Jede Person, die in ihren in dieser Konvention anerkannten Rechten und Freiheiten verletzt worden ist, hat das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben, auch wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben.

30. Wie dargetan ist die Beschwerde im vorliegenden Fall ggf. nur dann wirksam, wenn im Zusammenhang mit einer unrechtmässigen Begutachtung die Verletzung von Art. 8 und im Zusammenhang mit der Einweisung hierzu die Verletzung von Art. 5 Ziff.4 und Art. 6 Ziff.1 EMRK geltend gemacht werden und diese Verletzungen zur Verhinderung von Massnahmen aufgrund des Gutachtens dann festgestellt werden!

VI. Der Beschwerdeführerin wurde durch die Vorinstanz bereits die unentgeltliche Rechtspflege sowie Rechtsverteidigung durch RA Burges gewährt (Erwägung IV.).

31. „Die Beschwerdeführerin ersucht um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren. Die Voraussetzungen dafür inklusive der Beiordnung von Rechtsanwalt Burges als unentgeltlicher Rechtsvertreter liegen vor“ (zit. angefochtener Entscheid E.IV.7.2). Dementsprechend wird vor Bundesgericht ebenfalls um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie Rechtsverteidigung ersucht.

Gestatten Sie,

Sehr geehrte Damen und Herren
Bundesrichterinnen und Bundesrichter

Den Ausdruck meiner vorzüglichen Hochachtung



Burges

VII. BEILAGEN:

1. *Angefochtener Entscheid*
2. *Vollmacht*
3. *Briefumschlag mit Sendungsnummer*
4. *Sendungsverfolgung Track & Trace*
5. *Entscheid KESB vom 23. Januar 2020*
6. *Anhörungsprotokoll KESB vom 22.01.2020*